Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IV.

Ueber das Verhältniß der Justiz zur Verwaltung, über Verwaltungssachen, Administrativjustiz und Competenzconflikte.

Von **Mittermaier.**

Fortsetzung des Aufsatzes No. XI. im vorigen Bande.

§. 4. Verwaltungssachen.

Wenn wir den Kreis der Verwaltungssachen zu ziehen versuchen, so müssen wir vor dem Glauben warnen, daß man mit gewissen allgemeinen Sätzen oder Merkmalen, z. B. ob eine Sache dem öffentlichen Rechte angehöre, oder daß es auf den Subjectionsnexus ankomme, oder die Rechtsprechung in Frage stehe, in den Stand gesetzt werden können, im jedem Falle zu entscheiden, ob die Sache als Verwaltungs- oder als Justizsache zu betrachten sey; mit Recht hat auch Funke in neuester Zeit [1]) darauf aufmerksam gemacht, wie wenig durch solche allgemeine Merkmale gewonnen werde. Weit wichtiger würde es seyn, die Aussprüche der obersten Gerichte deutscher Staaten in einzelnen Fällen, in welchen die Frage streitig war, ob die Sache Justiz- oder Verwaltungssache sey, ebenso zu sammeln, wie die Entscheidungen der Staatsministerien über vorgekommene Competenzconflikte. In der ersten Beziehung ist der neueste Band der trefflichen practischen Ausführungen Pfeiffers [2]) höchst wichtig, da er durch die in einer großen Zahl von Rechtsfällen (es sind 117) ergangenen Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Kassel die

1) Funke, die Verwaltung, S. 17—39.
2) Praktische Ausführungen von Pfeiffer. V. Band. Hannover (1838.) S. 201 -- 520.

schwierige Frage: über die Gränzen der richterlichen Competenz, rücksichtlich des gegen Verfügungen der Staatsverwaltungsbehörden ergriffenen Rechtsweges zu erläutern sucht. Man ist gewohnt, von Seiten derjenigen, welche die Ausdehnung der Verwaltungsjustiz vertheidigen, nachzuweisen, daß die Verwaltungsbehörden die nämlichen Bürgschaften unpartheischer Entscheidungen darbieten, welche die Gerichte liefern; man beschuldigt daher diejenigen, welche die Nothwendigkeit, daß über wahre Justizsachen die Gerichte erkennen, vertheidigen, eines tadelnswerthen nnd grundlosen Mißtrauens gegen die Administrativbehörden, und stellt nicht selten die Sache so dar, als wenn praktisch es ziemlich gleichgültig wäre, ob die Gerichte oder die Administrativstellen einen Fall entscheiden, wobei man jedoch durchblicken läßt, daß für die Urtheile der letzteren der große Vortheil spreche, daß viel schneller und mehr von Männern, welche mit allen technischen Kenntnissen und Verwaltungsrücksichten vertraut seyen, von Administrativstellen verhandelt und entschieden werde, als von Gerichten. Auch Funke [3]) sucht zu zeigen, daß die Verwaltungsbehörden, ebenso wie die Gerichte sich völlig gleichstünden, wenn es auf eine Entscheidung nach bestehenden Normen und Grundsätzen ankömmt, indem ein logisches Geschäft vorliege und nur das, was die Recht- und Gesetzmäßigkeit gebiete, die Norm für die Entscheidung des vorliegenden Falles bilde; er sucht nachzuweisen, daß die Meinung von einem Einfluß der Staatsgewalt und der obern auf die untern Behörden da, wo der Staatsdienst gehörig organisirt wäre, ein Phantom sey, daß auch die Wirksamkeit des Justiz- und des Verwaltungsbeamten eine ähnliche sey, da auch der Zweite Jurist seyn müsse, und daß daher die Entscheidnng über Rechtsverhältnisse bei dem Verwaltungsbeamten nicht in unsicherer Hand sey. — Auch wir gestehen gerne, daß wir manche Argumente der Vertheidiger der Justiz

3) Die Verwaltung S. 125.

für grundlose Uebertreibungen halten und von den Verhältnissen wie sie z. B. in Frankreich gelten, keinen Schluß auf Deutschland ziehen wollen, wo auch die Administrativbeamten ebenso wie die Richter nach einer gewissen Zeit unwiderruflich angestellt sind und ihrer Stellen nicht willkürlich entsetzt werden können, und wo die Stellen der Administrativbeamten weit sorgfältiger mit Männern, die vollständige juristische Studien gemacht haben, besetzt werden, als in Frankreich, wo man sich einbildet, daß gesunder Menschenverstand und Gewandtheit zu einem Administrativbeamten hinreichten. Ungeachtet dieser Zugeständnisse müssen wir doch in Abrede stellen, daß es gleichgültig sey, ob ein Gerichtshof oder eine Verwaltungsstelle entscheide. Schon nach der Art wie die Rechtswissenschaft sich ausgebildet hat, müssen an den Richter Forderungen gemacht werden, welchen der bei der Verwaltung Angestellte nach menschlichen Verhältnissen nicht entspricht. Schon auf Universitäten bemerkt man leicht eine Verschiedenheit des Rechtsstudiums, wie es derjenige betreibt, welcher einst der Richterlaufbahn oder dem Advokatenstande sich widmen will, im Gegensatze desjenigen, dessen Neigung oder Aussichten ihn zur Ergreifung der Administrativlaufbahn ziehen. Eine flüchtige Kenntniß der allgemeinen Rechtsbegriffe genügt nicht zu dem Richter, der es bald erkennt, daß nur ein gründliches Eingehen in die Quellen, ein Studium des Zusammenhangs aller Rechtstheile, eine ununterbrochene Benützung aller Fortschrittte der Rechtswissenschaft ihn in den Stand setzen können, gründlich zu entscheiden. Die ganze Geschäftsthätigkeit des Administrativbeamten, der mit einer Masse von technischen, für die Ausübung der administrativwichtigen Studien sich beschäftigen muß, macht es ihm fast unmöglich, auf die Weise mit der Rechtswissenschaft fortzuschreiten, wie es von dem Richter gefordert werden muß. Ohnehin ist die Art der Beschäftigung der Verwaltungsbeamten der Umstand, daß die Normen, welche er anzuwenden, mehr nur kurze Instruktionen sind, bei welchen auf das eigene

kluge Ermessen gerechnet wird, sehr geeignet, den Geist dieses Beamten daran zu gewöhnen, überall mehr die Forderungen des Gemeinwohls und die temporären und lokalen Interessen vor Augen zu haben, und ohne Rücksicht auf das, was nach dem Gesetze rechtmäßig ist, mehr diejenige Entscheidung zu geben, welche als die zweckmäßigste erscheint. Daß eine solche Ansicht bei der Ausübung der Richterthätigkeit den Forderungen nicht entspricht, welche die Rechtsuchenden an den Richter stellen können, bedarf keiner Ausführung. — Selbst in dem Verhältnisse der Administrativbeamten zu den vorgesetzten Stellen liegt ein Grund, welcher die Ausübung der Justiz durch solche Beamten bedenklich machte; während der Richter strenge nur an das Gesetz und die Verfassung sich hält, nach der Art seines Richtereids durch keine Befehle von Oben oder Verfügungen, die mit den Gesetzen im Widerspruche stehen, sich irre machen läßt, wird von den Verwaltungsbeamten, wenn nicht die Staatsverwaltung gelähmt werden soll, ein unbedingter Gehorsam in Bezug auf die Anordnungen der Vorgesetzten gefordert werden, sobald nur diese Verfügungen in der gehörigen Form ergangen sind. Eine Prüfung, ob der Befehl des Oberen materiell zu rechtfertigen, ob die erlassene Verordnung nicht den Gesetzen widerspricht, dürfte schwerlich den Verwaltungsbeamten gestattet werden. Wer mag läugnen, daß unter solchen Umständen dem Verwaltungsbeamten, wenn er über Rechte entscheiden soll, die Unabhängigkeit fehlt, welche vorzüglich geeignet ist, Vertrauen zu den richterlichen Entscheidungen einzuflößen? —

Ehe wir den Kreis der Gegenstände ziehen, die als wahre Verwaltungssachen zu betrachten sind, sey es nur erlaubt, auf zwei Punkte aufmerksam zu machen: 1) Mit Unrecht würde man aus den Entscheidungen, die früher in Bezug auf gewisse Gegenstände von den Gerichten ausgingen, oder deswegen, weil jetzt noch in manchen Ländern über gewisse Sachen Gerichte entscheiden, den Schluß ziehen, daß diese

Gegenstände Justizsachen seyn müssen. Es muß hier wohl berücksichtigt werden, daß die Ausbildung der Zweige der Staatsgewalt und das Verhältniß des öffentlichen Rechts zum Privatrechte in früherer Zeit nicht so gestaltet war, wie wir dies jetzt mit Recht fordern. So lange die Ansicht wurzelte, daß der Regent nur gewisse Befugnisse habe, wenn er sie speziell erworben hatte, so lange die Regierungsgewalt mühsam von Landtag zu Landtag durch Kampf mit den Landständen, die eine Beeinträchtigung fürchteten, Rechte der Verwaltung zu erwerben suchen mußte, so lange jeder Stand, jede Gemeinde, jede Korporation mit ihren Privilegien der Regierungsgewalt entgegenstand, und in jeder, auch zu dem gemeinen Besten vorgenommenen Handlung eine Beschränkung ihrer Privilegien erkannte, und die Unterthanen selbst bei den Reichsgerichten gegen die Regenten, wegen Ueberschreitung der Regierungsgewalt Klage stellen konnten, war es freilich begreiflich, daß jeder, der in seinem durch sogenannte unvordenkliche Verjährung geheiligten Besitze seiner Befugnisse durch die Staatsgewalt gestört wurde, bei den Gerichten über Rechtsverletzung klagte, und daß die Gerichte, so gut sie es verstanden, nach einer gewissen Billigkeit entschieden. Wollte der Regent die Steuerverfassung ändern, wollte die Regierung einen Mißbrauch, der seit Jahrhunderten bestand, aufheben, so wurde ein Civilprozeß eingeleitet. Diese Ansichten sind unverträglich mit der heutigen Ausbildung der Staatsgewalt. Diese als ein Inbegriff aller Befugnisse zur Anordnung von Anstalten, welche die Realisirung des Staatszwecks fördert, und zur Handhabung und Anwendung der getroffenen Verfügungen im einzelnen Falle, hat nicht nöthig, den Beweis ihrer Befugnisse den Einzelnen gegenüber zu führen, welche die Befugnisse zu bestreiten Lust haben; dies Wirken der Staatsgewalt gehört dem öffentlichen Rechte an, und das Bestehen alter Verhältnisse, selbst während noch so langer Zeit, giebt denjenigen, die bei dem Bestande der alten Einrichtungen gewisse Befugnisse hatten, kein Recht auf ewige

Dauer. — Die Anordnungen der Gemeinde- oder der Gewerbsverhältnisse durch die Staatsgewalt erfolgen in dem öffentlichen Interesse, welches die Gleichförmigkeit fordert, sobald einmal die Regierung gewisse Maaßregeln für nothwendig befunden hat. Privilegien, die einst im Kampfe der Regierungsgewalt mit den Ständen, und da eine Bedeutung hatten, wo die Reichsrechte die Gränzen der Befugnisse jener Gewalt prüfen konnten, können nicht mehr in Betrachtung kommen, um der Justizgewalt aus dem Grunde des verletzten Rechts eine Befugniß zur Thätigkeit zu geben. Daraus folgt aber freilich, daß die Frage: ob etwas Justiz- oder Verwaltungsache sey, in Bezug auf viele Verhältnisse, in verschiedenen Ländern verschieden beantwortet werden muß; denn jenes Verhältniß der Staatsgewalt ist noch nicht überall geordnet; in manchen Staaten wirken die alten Ansichten noch fort und die Regierung fährt fort, nach alten Erbvergleichen, Rezessen u. A. zu regieren und Concessionen einzelner Provinzen oder Ständen zu machen. Die Pflicht des Richters ist nun, die besonderen Verhältnisse des Landes, z. B. bei Streitigkeiten der Gemeinden, Gewerbsachen zu berücksichtigen; im Zweifel jedoch wird die oben angedeutete Stellung der Staatsgewalt und ihr Charakter ihrer allgemeinen, im Interesse des öffentlichen Rechts handelnden Thätigkeit entscheiden dürfen, so daß dann der Kreis der Verwaltungssachen ausgedehnt wird. 2) Nicht unberücksichtigt darf es bleiben, daß es Verhältnisse giebt, bei welchen es höchst zweifelhaft ist, ob die Regulirung der darauf bezüglichen Streitigkeiten der Justiz oder der Verwaltung überlassen werden soll. Die Lehre von der Benützung der Gewässer in Fällen, wo die Interessen der Landeigenthümer wegen Bewässerung der Wiesen mit den Interessen der Fabrikunternehmer wegen Benutzung der Wasserkräfte collidiren, so wie die Verhältnisse bei Unterbringung von Geisteskranken liefern Beispiele. Von dem ersten Falle soll unten in §. 7., in Bezug auf die Regalien, umständlicher die Rede seyn;

der zweite Fall ist in neuerer Zeit erst gehörig gewürdigt worden. Man überzeugt sich immer mehr von der Nothwendigkeit einer gesetzlichen Sorgfalt für Geisteskranke, um zu bewirken, daß im öffentlichen Interesse der Kranke rechtzeitig in einer Irrenanstalt untergebracht und auf der andern Seite jeder Bürger sicher gestellt werde, daß nicht Habsucht und ähnliche niedrige Leidenschaften der Verwandten ihn unter dem Vorwande der Geisteskrankheit seiner Freiheit berauben. Bei Gelegenheit der Berathungen der Gesetzesentwürfe, die darauf abzielten in Paris und Genf [4]) wurde auch die Frage verhandelt, ob man die Entscheidung darüber, ob Jemand in einer Irrenanstalt untergebracht werden darf, den administrativen Stellen oder den Gerichten überlassen soll. Während für die letzten geltend gemacht werden konnte, daß ihre Thätigkeit auf den Schutz der individuellen Freiheit gerichtet seyn muß, daß die Richter unpartheiisch und weniger ängstlich als die Administratoren entscheiden werden, wurde für die Competenz der Verwaltungsstellen mit Recht geltend gemacht, daß es im öffentlichen Interesse liege, für die Entfernung der Gefahren zu sorgen, welche durch Geisteskranke entstehen können, daß bei Gerichten die Oeffentlichkeit und die Förmlichkeit der Verhandlung eher nachtheilig auf das leidende Gemüth wirken würden, daß durch den gerichtlichen Prozeßgang viel Zeit verloren ginge, während es darauf ankomme, daß rasch die Frage entschieden wurde [5]).

Auf ähnliche Weise giebt es auch bei der Frage: ob bei Streitigkeiten wegen Erfindungspatente oder Wahlen Klagen bei Gericht zugelassen oder sie an Verwaltungsstellen zu weisen

---

4) Die Gesetze selbst sind nun ergangen und zwar das Genfer am 15. Febr. 1838 und das Französische am 30. Juni 1838.

5) Eine treffliche Abhandlung über den Gegenstand ist die von Schroeder de legibus et institutis in commodum mente alienatorum. Traject 1838.

sind, verschiedene Ansichten, und die Landesgesetzgebung wird nach Abwägung der Verhältnisse zu bestimmen haben. Im Zweifel wird die Befugniß der Gerichte, die Fälle zu entscheiden, anerkannt werden müssen. Nur darf den Richter nicht ein gewisser Hochmuth leiten, überall und selbst in Streitigkeiten entscheiden zu wollen, wo es ihm an allen gesetzlichen Normen für die Entscheidung fehlt und sein Urtheil nur auf eine sogenannte Billigkeit sich stützt, die leicht dem öffentlichen Interesse nachtheilig werden kann.

Der Charakter der Staatsverwaltung liegt in der Sorge für die Vollziehung der Gesetze, in der Anordnung von Anstalten und Verfügungen, die für Realisirung des Staatszwecks zur Sicherheit des Staats, zur Abwendung von Rechtsstörungen der Bürger, zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung nach den Bedürfnissen der bürgerlichen Gesellschaft nothwendig werden, so wie in der Handhabung der getroffenen Anordnungen gegen feindseliges Widerstreben und in der Anwendung der Mittel zur Erfüllung der dem Bürger als Unterthanen obliegenden Verpflichtungen. So oft nun eine Verwaltungsbehörde innerhalb der Gränzen ihres Wirkungskreises die bezeichneten Anordnungen trifft, oder gegen denjenigen, welcher die ihm vermöge derselben obliegenden Pflichten zu erfüllen sich weigert, Zwang anwendet oder in einem Streite über Anwendbarkeit der Verwaltungsnormen auf einen einzelnen Fall entscheidet, liegt einer Verwaltungssache vor, die nicht vor die Gerichte gezogen werden kann, wenn nicht ein besonderes Merkmal hinzukömmt, welches das Daseyn einer Justizsache begründet. Gewichtige, im öffentlichen Interesse liegende Gründe gebieten, daß wahre Verwaltungssachen nicht vor die Gerichte gezogen werden können, weil sonst die Verwaltung in die Hände der Richter käme, und dadurch Behörden anvertraut würde, denen schon nach der Art ihrer Ausbildung nicht der Besitz der Kenntnisse zugetraut werden kann, die allein in den Stand setzen, die Nothwendigkeit einer administrativen Maaßregel nach den

besonderen Verhältnissen richtig zu beurtheilen, weil daher die Verwaltung in die Lage käme, wegen jeder ihrer Anordnungen durch weitläufige Correspondenzen, durch Mittheilung von Erfahrungen und Notizen, durch Entwickelung technischer Verhältnisse sich rechtfertigen zu müssen, und dabei zu besorgen wäre, daß dennoch die Gerichte wegen des Mangels der Kenntniß administrativer Beziehungen, und der Folgen einer oder der anderen Maaßregel in der Anwendung nicht im Stande seyn würden, den Umfang des Bedürfnisses und die Zweckmäßigkeit einer administrativen Anordnung gehörig zu beurtheilen, so daß oft die Verwaltung in ihrer Thätigkeit gelähmt und da, wo es oft auf rasches Einschreiten ankömmt und wo die Zögerung große Nachtheile haben kann, in der Vollziehung ihrer Anordnungen gehindert würde, wenn es Jedem, der sich für beschwert erachtet, gestattet wäre, an die Gerichte sich zu wenden und über die Nothwendigkeit der Anordnung einen oft lange dauernden Prozeß zu veranlassen. Eine Verwaltungssache ist nun überall begründet I. wo die Staatsregierung eine allgemeine Anordnung getroffen oder eine Verfügung erlassen hat und die Beschwerde eines Bürgers nur die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Anordnung betrifft [6]). Wenn das Gesetz alle Steuerfreiheiten, oder die Patrimonialgerichtsbarkeit aufgehoben, oder die Anlegung einer Eisenbahn und zugleich die Verbindlichkeit aller Eigenthümer der in eine gewisse Linie fallenden Liegenschaften ausgesprochen, oder wegen ansteckender Krankheit gewisse Regeln für den inneren Verkehr mit bestimmten Sachen vorgeschrieben hat, so kann kein Gericht eine Klage annehmen, welche auf die Zurücknahme dieser Anordnungen oder darauf gebaut wird, daß der Beschwerdeführer davon ausgenommen werde, weil es dem Gerichte an allen Normen fehlen würde,

6) Das sächsische Competenzgesetz § 7. spricht dies auch aus. S. über den Sinn der Stelle: Mielhauser in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen. II. Band, 2tes Heft, S. 159.

um zu beurtheilen, ob die Staatsregierung Grund hatte, die in Frage stehende Anordnung zu erlassen, und weil sonst die eigentliche Staatsverwaltung den Gerichten anvertraut wäre, und weil gegen den Mißbrauch von Seite der Staatsgewalt andere zweckmäßige politische Einrichtungen in der Verfassung des Landes bestehen müssen. II. Das nämliche tritt da ein, wo eine Korporation vermöge der ihr zustehenden Verwaltungsbefugnisse in ihrem Kreise gewisse polizeiliche Anordnungen trifft, z. B. wegen einer neuen Beleuchtungsweise oder der Art des Straßenpflasters Verfügungen erläßt. Auch hier kann kein Bürger, der die Zweckmäßigkeit der Verfügung angreifen will, bei den Gerichten eine Klage stellen. III. So oft der Beamte vermöge einer allgemeinen Anordnung, welche er vollzieht, eine Verfügung erläßt, die einem Bürger eine Pflicht auflegt oder ihn etwas zu thun hindert, kann der Bürger, wenn nur die Verfügung unter den gehörigen formellen Bedingungen erlassen ist, durch seine Klage bei Gericht die Vollziehung der Anordnung nicht hindern. IV. Wenn einem Bürger vermöge seiner staatsbürgerlichen oder seiner ortsbürgerlichen Eigenschaft die Erfüllung einer gewissen Pflicht obliegt und die Leistung einer solchen durch einen Beschluß der competenten Behörde von ihm gefordert wird, so findet keine Klage Statt, wenn sie darauf gebaut werden soll, daß die Pflicht überhaupt nicht begründet sey, z B. wenn in Conscriptionssachen, oder Steuern, Kriegslieferungen, oder Gemeindeumlagen Beschwerde erhoben wird. Ob auch in den Fällen die Klage bei den Gerichten ausgeschlossen ist, wo der Kläger behauptet, daß das im Gesetz oder die allgemeine Anordnung auf ihn grundlos angewendet worden sey, wird unten ein Gegenstand näherer Prüfung seyn. V. Wenn ein Gesetz im Allgemeinen gewisse Bedingungen der Erlangung gewisser staats- oder gemeindebürgerlicher Befugnisse festgesetzt hat, so daß an die Nachweisung dieser Bedingung die Erwerbung des Rechts geknüpft ist, ist die Frage, ob einem Einzelnen, der diese Bedingungen nachweist,

die Befugniß eingeräumt werden muß, nur Gegenstand der Verwaltung, selbst wenn in einzelnen Umrissen diese Bedingungen angegeben sind, z. B. wenn das Gesetz zur Aufnahme in eine Gemeinde die Nachweisung des guten Leumunds und eines sichernden Nahrungsstandes fordert. Man muß nämlich behaupten [7]), daß diese Rechte nicht als Privatrechte verliehen sind, obwohl sie nutzbringend seyn können und selbst für die Familie einen bleibenden Werth haben, z. B. weil der aufgenommene Bürger Allmendnutzungen hat oder sein Bürgerrecht auf seine Kinder ererben darf; schon an sich beziehen sich nämlich die Befugnisse doch nur auf öffentliche Berechtigungen und sind nur innerhalb gewisser, im öffentlichen Interesse durch die Gesetze oder durch Verwaltungsnormen gezogenen, Gränzen auszuüben. Zwar wird derjenige, der das Bürgerrecht erlangt hat, durch die Gesetze gegen Jeden, der die Rechte nicht anerkennen will, welche der Bürger vermöge seines Bürgerrechts ausübt, geschützt, und kann selbst vor Gericht sein Recht gegen den Störer geltend machen; allein in Bezug auf die Befugniß das Recht zu erlangen, so wie in Bezug auf die Ausübung und die Beschränkung oder Störung im Rechte, steht dem Staate oder den Verwaltungsbehörden gegenüber, die nach Verwaltungsnormen seinen Anspruch nicht anerkennen oder die Ausübung beschränken, einem Bürger kein Recht zu, welches durch Klage vor Gericht geltend gemacht werden kann. Insbesondere liegt es in der Natur der Gesetze, welche die Ertheilung von öffentlichen Berechtigungen an gewisse Bedingungen knüpfen, daß die Staatsregierung, ehe sie dem Einzelnen das Recht ertheilt, die Prüfung der besonderen Eigenschaften, welche der Kandidat nachweist, sich vorbehält, weil dabei auf verschiedene Verwaltungsrücksichten, auf viele lokale Verhältnisse und auf Eigenschaften des Individuums

7) S. auch Funke die Verwaltung S. 59; manche seiner Gründe unterliegen jedoch Bedenklichkeiten.

ankömmt, wo kein Gesetz auf erschöpfende Weise die Natur dieser Eigenschaften und die Prüfungsrücksichten so angeben kann, daß das Gericht durch einfache Auslegung des Gesetzes in den Stand gesetzt würde, über den Fall zu entscheiden, wobei vielmehr die Verwaltungsbehörde, die allein im Besitze der Kenntniß aller lokalen und technischen Verhältnisse ist, immer prüfen muß, ob in dem öffentlichen Interesse die Ertheilung der Befugniß an den Bewerber geschehen kann. Wenn z. B. das Gesetz auf den guten Leumund und die Nachweisung eines sicheren Nahrungsstandes zur Erlangung des Ortsbürgerrechts fordert, so ist dieser Ausdruck: Nahrungsstand, ein so unbestimmter, daß nur die Verwaltungsbehörde entscheiden kann, ob in der Gemeinde, in der Jemand aufgenommen werden will, sein nachgewiesener Nahrungszweig den Bürger und seine Familie nähren kann, z. B. in einer Stadt, wo viele Buchdruckereien blühen, mag das Gewerbe eines Correktors ein einträgliches seyn; in einem Dorfe, das entfernt von jeder Stadt liegt, würde der Bürger, welcher nichts als diese Beschäftigung verstünde, verhungern. VI. Nach den nämlichen Rücksichten ist der Fall zu entscheiden, wo es auf die Verleihung von Gewerbsrechten ankömmt, und das Gesetz die Erlangung von gewissen Bedingungen abhängig machte, z. B. daß ein gewisses Gewerbe an einem Orte nicht übersetzt ist. Auch hier kann das Gericht über die Klage eines Bürgers, der von der Verwaltungsstelle abgewiesen ward, nicht entscheiden; auch hier sind es nur Verwaltungsrücksichten, welche über die Anwendung der Normen auf einzelne Fälle entscheiden müssen. Darüber, ob da, wo ein Bewerber gegen die Zunft, die ihn nicht aufnehmen will, bei Gericht klagen will, die Sache als Justizsache zu behandeln ist, findet sich in Deutschland große Verschiedenheit der Ansichten. Wo ältere Ansichten sich erhielten, nach welchen die Zunft als eine moralische Person ein ausschließendes Aufnahmerecht hat, und wo das Handwerksrecht als ein Privatrecht betrachtet wird, kommen noch häufig Streitigkeiten der Zunft mit einem

Bewerber wegen verweigerter Aufnahme vor den Gerichten vor, während da, wo das Gewerbsrecht unter dem polizeilichen Gesichtspunkt aufgefaßt wird und die Gewerbsverleihung von dem Staate abhängt, keine Behandlung dieser Sachen als Justizsache zugegeben wird. VII. Wenn Jemand vermöge der Concession des Staats oder durch administrative Verfügungen gewisse Befugnisse erwarb, über deren Umfang die administrativen Anordnungen Maaß geben, so kann über Beschränkungen der Ausübung durch allgemeine Verwaltungsverfügungen, z. B. wenn einem Gewerbe gewisse Arbeiten nicht mehr gestattet werden, oder wenn z. B. in dem öffentlichen Interesse bei Fabriken gewisse Arbeitsstunden für Kinder festgesetzt werden, keine Klage bei Gericht angebracht werden, eben so wenig da, wo zwei Gewerbe über die Gränzen ihrer Gewerbsbefugnisse streiten, z. B. ob gewisse Arbeiten ausschließend von einem bestimmten Gewerbe verfertigt werden dürfen. Auch hier ist zwar wieder Verschiedenheit in Deutschland, da noch an manchen Orten diese Rechte nach alten Ansichten wie andere Privatrechte betrachtet [8]) oder die Privilegien einer Zunft als Normen angesehen werden, welche die Gerichte auszulegen haben, wogegen an andern Orten überall, wo der Streit der zwei Zünfte nach geschlossenen Vergleichen oder früheren Urtheilen zu entscheiden ist, die Competenz der Gerichte anerkannt wird [9]). Hier ist wieder ein Fall, wo die Einwirkung der Gesetzgebung nothwendig ist, um zu bestimmen, wie weit solche Fälle als Justizsachen behandelt werden dürfen; fehlt es an einem solchen Gesetze, so wird der bisherige Gerichtsgebrauch zu befolgen seyn. VIII. So oft die Staatsregierung in Bezug auf gewisse zu den Regalien gerechneten Gegenstände einem Bürger Rechte

8) Bender, Lehrbuch des Civilprozesses von Frankfurt. S. 54, 55 in art.

9) v. Wendt vollständige Darstellung des baierischen Verfahrens (III Band), S. 311 – 416. Seuffert, Beiträge zur Rechtsanwendung. 11. Jahrgang S. 128. 160.

einräumt, z. B. das Recht, öffentliche Flüsse zu benützen, oder in den Staatswaldungen gewisse Befugnisse, z. B. Streurechen, Laubsammeln ꝛc. auszuüben, ohne daß ein Privatrecht zum Grunde liegt, ist keine Klage bei den Gerichten zulässig, wenn die Staatsregierung andere Concessionen macht, wodurch die zuerst verliehenen beschränkt werden oder Anordnungen vermöge ihrer Oberaufsicht trifft, wodurch die bisherige Ausübung des Rechts verändert und den Beliehenen Lasten aufgelegt werden, z. B. wenn bestimmt wird, an welchen Tagen im Forste die Rechte auszuüben sind. IX. Wenn ein Staatsdiener in seinem Amte versetzt oder pensionirt wird, in so fern nicht das Landesgesetz an besondere Bedingungen die Ausübung dieses Rechts knüpft und einen bei den Gerichten verfolgbaren Rechtsanspruch des Staatsdieners auf die Beobachtung dieser Bedingungen ausspricht, tritt nur eine Verwaltungssache ein, die kein Recht giebt, Klage bei den Gerichten zu erheben. X. Ueberall, wo ein Gemeindeglied nur in seiner Eigenschaft als solches, vermöge der gesetzlichen Anordnungen über Gemeindebürgerrecht, oder vermöge des Herkommens in der Gemeinde gewisse Gemeindenutzungen bezog, kann durch die von der Gemeinde vermöge der ihr zustehenden Befugnisse beschlossene Abänderung in Bezug auf diese Rechte, oder durch gesetzliche Abänderungen, kein Grund zur Erhebung eines Rechtsstreits vor Gericht gegeben werden, weil das Recht, welches der Gemeindebürger als solcher genießt, kein Privatrecht ist, vielmehr nur kraft öffentlichen Rechts, das die Befugnisse des Gemeindebürgerrechts anordnet, dem Bürger zusteht, daher auch nicht als ein ewig dauerndes, ohne seine Einwilligung ihm nicht zu entziehendes Recht ihm verliehen ist, da vielmehr jene Quelle, woraus seine Berechtigung floß, nämlich das öffentliche Recht, in jedem Momente auch eine andere Anordnung treffen kann, die von dem Bürger anerkannt werden muß. Daher kann noch nicht einmal dem Bürger, welcher z. B. die bisherigen Allmendnutzungen vermöge der neuen Verwaltungsanordnung

verliert, ein Recht zustehen, bei Gericht auf Entschädigung zu klagen, da bei der Verleihung keine Garantie des ewigen Bestehens des Rechts gegeben war und jeder Bürger die Veränderungen, welche auf dem verfassungsmäßigen Wege in Bezug auf die Gestaltung der Gemeinde vorgehen, anerkennen muß, indem er sein Recht selbst nur von der Verleihung der Gemeinde ableitet. XI. Auch da, wo die Gemeinde durch ihre Gemeindeschlüsse bisher bestandene Verhältnisse abändert und dadurch Interessen stört, kann der dadurch beeinträchtigte Bürger keine Klage erheben, z. B. wenn bisher die Hauptstraße durch einen gewissen Theil der Stadt ging und nun aus polizeilichen Gründen, z. B. weil die Straße so steil war und daher im Winter viel Unglücksfälle vorkamen, die Gemeinde beschließt, die Straße durch einen andern Theil der Stadt ziehen zu lassen. Allerdings werden die Eigenthümer der Häuser, neben welchen bisher die Hauptstraße vorbei ging, durch die neue Anordnung verlieren, weil sie die Häuser viel theurer kauften, weil manche Gewerbe nicht mehr so einträglich auszuüben sind; allein alles dies begründet keine Rechtsverletzung; denn jene Anstalten, welche die Bürger machten, geschahen von ihnen auf eigene Gefahr, da sie wissen mußten, daß in jedem Momente die Gemeinde etwas Anderes beschließen könne, und weil auf die nämliche Weise, wie der bisherige Zustand entstand, nämlich durch den Gemeindeschluß oder den Willen der Gemeinde, also durch einen Akt des öffentlichen Rechts, auch die Anordnung wieder gültig aufgehoben werden kann. XII. Wenn ein Gesetz im Allgemeinen den Bürgern eine gewisse Pflicht zum öffentlichen Besten auflegte und den administrativen Behörden die Gewalt einräumte, in den Fällen, die nach dem Gesetze die Anerkennung der Pflicht durch die Einzelnen nothwendig machen, die Leistung zu verlangen, kann da, wo im einzelnen Falle die Administrativbehörde ausspricht, daß ein Bürger die gesetzliche Pflicht zu erfüllen habe, kein Civilprozeß erhoben werden, z. B. wenn zur Anlage der

Eisenbahn die Grundeigenthümer für schuldig erklärt werden, die von dem Staate in Anspruch genommenen Liegenschaften abzutreten und wenn nun ausgesprochen wird, daß A. schuldig sey, sein Eigenthum abzutreten. Wie weit jedoch auch in den bisher genannten Fällen der Umfang der Verwaltungssachen reicht, wo die Competenz der Gerichte anfängt, wird theils aus dem in §. 3 aufgestellten Sätzen, theils aus der in den nächsten §§. nothwendigen Anwendung der allgemeinen Sätze auf die wichtigsten Fälle klar.

Die Hauptfrage, welche uns noch beschäftigt, ist eben die: ob auch da, wo der Streit sich darum dreht, ob die Verwaltungsbehörde eine im Allgemeinen als rechtmäßig nicht bestrittene Norm in dem einzelnrn Falle gehörig angewendet habe, die Competenz der Justizstellen ausgeschlossen sey. In neuester Zeit hat Funke [10]) nachzuweisen gesucht, daß nur die Verwaltung selbst das Recht haben müsse, über die Anwendung der Normen und die Rechtmäßigkeit ihrer Verfügungen zu entscheiden, indem der Administration unbezweifelt das Recht der Vollziehung der Normen zustehe, zur Vollziehung aber auch die Befugniß gehöre, zu erkennen, ob ein einzelner Fall geeignet sey, daß darauf die Norm angewendet werde. Es kömmt, wie Funke meint, auf den Unterschied zwischen mehr oder weniger bestimmter Normen nicht an, da es nothwendig werde, diese Normen sofort zur Anwendung zu bringen, und wenigstens provisorisch zu entscheiden, weil die Rücksicht auf das Allgemeine den Ausgang eines Rechtsstreits abzuwarten, als unthunlich darstellen, weil auch sonst die ganze Verwaltung in die Hände der Justiz kommen würde, und es schwierig wäre, zu bestimmen, in welchen Fällen der Justiz das Recht der Entscheidung zustehe, da es an einem äußeren Kennzeichen fehle und unendlich oft in einem und demselben Falle die Anwendung mehr oder weniger bestimmter Normen und sonstiger allgemeiner

10) In der Schrift: Die Verwaltung S. 30—53.

Grundsätze zugleich in Frage komme. Ohnehin würde es der Justiz oft, wie Funke meint, an einem Anhaltspunkte für die Anwendung fehlen, und in vielen Fällen liege in dem Urtheile über die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsmaaßregel auch die Entscheidung über die Zweckmäßigkeit [11]). Dagegen giebt Cherbuliez [12]) den Gerichten die Befugniß, überall zu entscheiden, wo es auf die Vollziehung und Anwendung einer bestehenden Verwaltungsnorm auf einzelne Fälle ankomme, weil dadurch die wahre Controle der Verwaltung ausgeübt werde. Am trefflichsten und mit feinen Unterscheidungen und mit dem den Verfasser auszeichnenden praktischen Sinn hat Pfeiffer [13]) die Frage geprüft und in dem neuesten Bande [14]) die Gründe der Gegner seiner Ansichten widerlegt. Nach Pfeiffers Meinung gehört in den Kreis der Befugniß der Gerichte I. die Prüfung der Competenz der Behörden, welche einen Verwaltungsakt ausüben und zwar a) in subiectiver Hinsicht, in so ferne es dem Beamten nach seiner Anstellung an der nöthigen Befugniß fehlt und b) in obiectiver, in so ferne es α) an den nothwendigen Formen dem Befehle der Verwaltungsbehörde mangelt, oder β) der Inhalt des Befehls von der Art ist, daß eine solche Verfügung gar nie in den Funktionen einer Verwaltungsbehörde begriffen seyn kann. II. Auch die Prüfung des Inhalts der Verfügung selbst, wenn Beschwerde gegen die innere Rechtmäßigkeit erhoben wird, gehört vor die Gerichte, in so ferne die Gesetze eine bestimmte Norm für die Beurtheilung der Rechtmäßigkeit der Verwaltungshandlungen darbieten; es müßten die Gerichte das Recht haben, unter Anwendung der Mittel der Gesetzesauslegung zu erforschen, ob nicht die angefochtene Verwaltungsverfügung den die Handlungsweise der Ver-

11) Funke S. 120.
12) Cherbuliez Theorie des garanties constitutionelles vol. II. p. 66.
13) Praktische Erörterungen III. Thl. S. 302.
14) V. Band S. 216, 225.

waltungsbehörde normirenden gesetzlichen Bestimmungen geradezu entgegen ist, oder wenigstens nicht durch dieselben in der Art gerechtfertigt werden kann, daß daraus eine allgemeine Ermächtigung dieser Behörde zu einer solchen Verfügung gefolgert werden könnte. In Fällen, wo eine solche allgemeine Ermächtigung vorhanden ist, könnten die Gerichte nur dann den Fall als zu ihrer Competenz gehörig betrachten, wenn von einer Hintansetzung der darin bestimmt ausgesprochenen, die sonst freie Beurtheilung und Entschließung der Verwaltungsbehörde bedingenden Grundlagen und faktischen Voraussetzungen die Rede ist. Noch bestimmter und mit Widerlegung der Gründe der Gegner, stellt Pfeiffer in neuester Zeit [15]) den Grundsatz auf: daß da eine Klage begründet sey, wo in das Rechtsgebiet eines Privaten von einer Staatsbehörde auf eine gesetzwidrige Weise eingegriffen worden, ohne Rücksicht, ob der Eingriff in öffentlichen oder Privatangelegenheiten geschieht, sobald nur die Gesetzwidrigkeit dadurch sich ausspricht, daß die Staatsbehörde, welche gesetzlich nur in gewissen Fällen und unter gewissen Formen eine Handlung vornehmen darf, in andern Fällen und ohne die vorgeschriebenen Formen sie vornimmt, vorausgesetzt, daß die Fälle und Formen gesetzlich in solcher Weise bestimmt sind, daß über deren Vorhandenseyn nach Rechtsgrundsätzen erkannt werden kann. Unfehlbar muß man im Wesentlichen diesen von Pfeiffer vertheidigten Ansichten beistimmen; nur sey es erlaubt, noch schärfer die entscheidenden Merkmale hervorzuheben. Es kömmt hier auf eine Vereinigung von zwei Grundsätzen an: 1) des Grundsatzes, daß die Verwaltung in ihrer Thätigkeit, da wo sie Normen innerhalb der verfassungsmäßigen Competenz erläßt, oder bestehende anwendet, nicht gehindert werden darf, daher auch nicht durch Prozesse vor den Gerichten über die Rechtmäßigkeit einer Verfügung gelähmt werden kann, 2) daß aber jeder Bürger da, wo

15) Praktische Erörterungen Band V. S. 227.

seine Privatrechtssphäre von Verwaltungsbehörden auf gesetzwidrige Weise verletzt wird, Schutz vor den Gerichten finden muß. Um zu erkennen, ob Gesetzwidrigkeit vorhanden sey, kann für den Richter kein Merkmal darin liegen, daß nach der Behauptung des Verletzten die Verfügnng nicht nothwendig oder nicht zweckmäßig war, weil darüber den Gerichten keine Entscheidung zusteht, ebenso wenig darin, daß der Beschwerdeführer in einem bisher ihm zustehenden Verhältnisse gestört worden sey; sondern es kommt 1) auf die Beschaffenheit der Rechte an, welche derjenige, welcher an die Gerichte sich wendet, nach den bestehenden Normen erworben hat; 2) auf die Art der Normen selbst; 3) auf die Qualität der Handlungsweise der Verwaltungsbehörde. Ueberall, wo in der ersten Beziehung durch das Gesetz solche Rechte zuerkannt sind, welche ihm zum Schutze seiner Privatrechte in der Art zustehen, daß das Gesetz genau gewisse Fälle bezeichnet, in welchen er sich eine Beschränkung seiner Privatrechte gefallen lassen muß, oder wo das Gesetz an ein gewisses Vertragsverhältniß des Bürgers mit dem Staate, obgleich dies Verhältniß sich auf öffentliches Recht bezieht, bestimmte Rechte des Bürgers knüpft, sind die Rechte von der Art, daß der Berechtigte gegen die Verwaltung Schutz bei den Gerichten finden muß. Ein Beispiel der ersten Art liefern die Gesetze über Eigenthumsabtretung zu öffentlichen Zwecken, wenn das Gesetz, wie z. B. das baierische es thut, bestimmte Fälle erschöpfend angiebt, in welchen das Eigenthum abgetreten werden muß, so daß da, wo in einem Falle, der nicht unter den gesetzlich genannten steht, der Bürger, gegen die ohne Gesetz sein Eigenthum angreifende Verfügung der Administration Schutz bei den Gerichten finden muß. Der Kreis der Rechte, deren Verletzung durch die Staatsgewalt Schutz bei den Gerichten begründet, muß selbst noch ausgedehnt werden auf solche Rechte, welche dem einzelnen Staatsbürger, obwohl mit öffentlichen Rechtsverhältnissen zusammenhängend, nach den Gesetzen unbedingt in der Art zustehen, daß das

Recht mit einem bestimmten Umfang blos an seine Unterthaneneigenschaft geknüpft ist und nicht erst der Nachweisung bedarf, daß der Berechtigte vermöge eines besonderen Verhältnisses das Recht erworben habe [16]). Wenn z. B. das Gesetz dem, der in einer bestimmten Stadt seinen Wohnsitz hat, den Schutz, dort bleiben zu können, zusichert und nun die Verwaltungsbehörde z. B. wegen angeblich unruhigen, die anderen Bürger aufregenden Benehmens den Bürger von dem Orte wegweisen und einen andern Ort ihm zum Wohnsitze anweisen wollte, oder wenn z. B. das Gesetz erklärt, daß alle Schriften unter 10 Bogen frei von Censur seyn sollen und die Verwaltung doch eine Schrift von 8 Bogen der Censur unterwerfen wollte, so muß dem in seinem Rechte Gekränkten die Befugniß zustehen, an die Gerichte sich zu wenden und Schutz gegen die Verfügung selbst zu suchen, denn die Existenz des Rechts ist durch das Gesetz klar begründet, die Gerichte haben hier nicht über die Zweckmäßigkeit einer Verwaltungsmaaßregel, sondern nur über das Daseyn des Rechts durch Subsumtion unter das Gesetz zu erkennen; da das Gesetz keine Ausnahme aussprach, so kann auch der Verwaltungsbehörde nicht zustehen, eine solche in einem einzelnen Fall zu machen. Wollte man annehmen, daß nur die Verwaltungsbehörde hier entscheiden sollte, so würde der Bürger rechtlos gemacht werden können. Auch darf man den Bürger nicht darauf verweisen, daß er vor den Gerichten eine Klage auf Entschädigung vorbringen könne, denn damit würde häufig wenig geholfen seyn; nicht das Geldinteresse ist es, welches in manchen Verhältnissen entscheidet; der, dessen Schrift unterdrückt wird, deren censurfreie Her-

16) In so fern muß, um Mißverständnisse zu vermeiden, zu dem oben im früheren Aufsatze, Archiv XXI. S. 285 sub No. 7 aufgestellten Satze bemerkt werden, daß jenem Satze nicht die Absicht zum Grunde liegt, auszusprechen, daß nur in den dort bezeichneten Fällen der Unterthan Schutz vor den Gerichten suchen dürfe, sondern nur, daß in den dortigen Fällen eine Justizsache begründet sey

ausgabe das Gesetz ihm zusichert, so wie der, welcher aus der Stadt, dem bisherigen Sitze seines Wirkens, verwiesen werden soll, wo er vielleicht die wichtigsten Vertragsverhältnisse einzugehen, z. B. ein großes Etablissement zu gründen, im Begriffe stand, ist in seinem Interesse, zum Theil selbst an seiner Ehre verletzt, und eine Geldentschädigung gleicht diesen Verlust nicht aus. Ohnehin ist es bekannt, wie unsicher der Maaßstab ist, nach welchem solche Entschädsgungsansprüche beurtheilt werden sollen; eine Beweisführung in Bezug auf den erlittenen Schaden ist oft unmöglich, häufig sehr schwierig. In Bezug auf die Beschaffenheit der Normen entscheidet die Rücksicht, daß da, wo die Norm nur als eine Instruktion für den Verwaltungsbeamten oder als Andeutung gewisser Gesichtspunkte erscheint, nach denen das Ermessen des Beamten beurtheilen soll, ob ein Fall zur Anwendung der Verwaltungsnormen geeignet ist, dem Gerichte kein Recht zustehen kann, über die Anwendung dieser Normen zu entscheiden, während dagegen diese Befugniß der Gerichte eintritt, wenn a) das Gesetz nach einem genau bestimmten Umfang mit Angabe der Bedingungen die Pflicht eines Bürgers in gewissen Verhältnissen regulirt, z. B. bei Kirchenbaulust [17]), in so ferne nur bei dem Daseyn gewisser Voraussetzungen die Beitragspflicht regulirt ist, oder b) wenn das Gesetz an das Daseyn gewisser genau bezeichneter nicht erst einer besonderen Prüfung oder ein Ermessen der Verwaltungsbehörden vorausetzender Erfordernisse ein bestimmtes Recht knüpft, das dem Bürger überhaupt zustehen soll, z. B. in dem Bergwerksrechte und in manchen (unten näher anzugebenden) Fällen, der auf Regalien sich beziehenden Verleihungen. Was endlich die Qualität der Handlungsweise der Verwaltungsbehörde betrifft, so kann nur dann wegen gesetzwidriger Anwendung der Verwal-

17) Gut Seuffert Beiträge zur Rechtsanwendung II. Band S. 285 von Wendt Darstellung des baier. Verfahrens III. Bd. S. 468.

tungsnormen das Gericht competent seyn, wenn a) eine Behörde, welche nach den Gesetzen zu einer gewissen Verfügung nicht befugt war, sie dennoch erließ, z. B. wenn die Steuerbehörde das Eigenthum zu öffentlichen Zwecken wegnehmen wollte, oder b) wenn die Verfügung in der nach den Gesetzen vorgeschriebenen Form nicht vorgelegt wird, oder eine der als wesentlich in Gesetzen bezeichneten Formen, z. B. daß Jemand vorerst mit seinen Erinnerungen gehört werden mußte, ehe die Verfügung erlassen werden durfte, vernachlässigt wurde, c) wenn ungeachtet die zuständige Behörde in der gehörigen Form handelte, erweislich durch eine an sich gesetzwidrige Handlung die Verfügung begründet wurde, z. B. durch betrügliche Veranstaltung, durch Unterdrückung von Urkunden, d) wenn das Gesetz an bestimmte, nicht erst von dem Ermessen der Verwaltungsbehörde abhängige Erfordernisse die Zulässigkeit eines Verwaltungsaktes knüpfte, und diese Erfordernisse nicht vorhanden waren, als der Verwaltungsakt erlassen wurde. In allen diesen Fällen ist die Gesetzwidrigkeit offen liegend; zur Beurtheilung ihres Daseyns gehören keine Verwaltungskenntnisse, sondern die Anwendung klarer Gesetze; die Administration kann nicht vorschützen, daß ihre Wirksamkeit durch die Gerichte gelähmt wurde; denn die Verwaltungsbehörden haben nur nöthig innerhalb der gesetzlichen Schranken zu handeln und gesetzliche Formen zu beobachten, und sie haben dann nichts von einer gerichtlichen Entscheidung zu besorgen. Nur in Bezug auf den letzten Punkt, sub d ergiebt sich, daß freilich in manchen Verhältnissen es an einem sicheren Kennzeichen fehlen wird, ob die vom Staate ertheilte Norm von der Art ist, daß über ihre Anwendung nach den obigen Merkmalen die Gerichte entscheiden können, und daraus folgt die Zweckmäßigkeit von landesgesetzlichen Bestimmungen darüber [18]), in welchen

18) Auf ähnliche Weise wie die im vorigen Hefte S. 258—262 angeführte Gesetze.

Fällen die Gesetzgebung den Gerichten das Recht der Entscheidung entziehen will. Es wird darauf ankommen: ob die Gesetzgebung Gründe hat, in gewissen Verhältnissen bei der Anwendung der Gesetze auf einzelne Fälle die Abwägung nach den besonderen lokalen Interessen und nach Verwaltungsrücksichten sich vorzubehalten. Die nähere Prüfung dieser Fälle soll in den folgenden §§. vorgenommen werden. Hierher gehört noch die Frage: ob die Gerichte nur dann befugt seyen, die Klage wegen Rechtsverletzung anzunehmen, wenn der das Recht verletzende Verwaltungsakt formell gesetzwidrig, nicht aber dann, wenn er nur rechtswidrig ist. Diese Unterscheidung ist neuerlich in Kurhessen aufgestellt, aber wie wir glauben mit Recht von dem Oberappellationsgerichte [19]) verworfen worden; darnach würde der Kreis der Fälle, in welchen die Gerichte Schutz ertheilen können, zu enge gezogen und nur auf Fälle beschränkt werden, wo die angefochtene Handlung der Verwaltungsbehörde durch ein Gesetz ausdrücklich verboten wurde. Darauf aber kann es nicht ankommen, denn sobald das Gesetz die Bedingungen angiebt, unter welchen die Verwaltungsbehörde zu einer Handlung befugt seyn soll, oder genau die Fälle aufstellt, in welchen die Verwaltungsbehbrde die Befugniß, ein gewisses Recht des Bürgers zu beschränken haben soll, ist der Verwaltungsakt, welcher da, wo diese Bedingungen fehlen, der Bürger verletzt, oder in anderen Fällen, die nicht im Gesetze angegeben sind, einer Beschränkung verfügt, rechtswidrig, in so ferne sie das Recht des Bürgers beeinträchtigen, und zugleich gesetzwidrig, da der Verwaltungsakt dem Gesetze widerspricht. Der Kläger beruft sich hier auf sein Recht, z. B. daß ihm sein Diensteinkommen nicht geschmälert werde, und auf die sein Recht verletzende Handlung; ob nun diese Verletzung vorhanden ist, hängt davon ab, ob die Voraussetzun-

19) Pfeiffer pract. Ausführungen V. Bd. S. 224, 231, 245. S. 330, 337.

gen der gesetzlichen Zulassung des in Frage stehenden Verwaltungsaktes begründet sey. Nichts hindert die Gerichte darüber zu erkennen, da es nur der Subsumtion unter die Gesetze bedarf, immer vorausgesetzt, daß in dem Falle von einem wahren Privatrechte die Rede ist. Damit im Zusammenhange steht eine in neuerer Zeit oft aufgestellte Ansicht, daß da nur der Rechtsweg wegen Verwaltungsakten geöffnet sey, wo die Verwaltungsbehörde ihre Amtsgewalt überschritten oder gemißbraucht oder Amtspflichten vernachlässigt hat, und zugleich Jemand unter der Behauptung, daß daraus für ihn Schaden entstanden, deßhalb Entschädigung verlangt. — Diese Ansicht ist besonders wichtig in Ländern, wo die Verfassungsurkunde, z. B. die königl. sächsische §. 49 erklärt, daß Jedem, der sich durch einen Akt der Staatsverwaltung in seinen Rechten verletzt glaubt, der Rechtsweg offen stehen soll. Nach jener Theorie würde nun eine Entschädigungsklage zulässig und jede Klage auf die Restitution das Entzogene oder Anerkennung des Rechts ausgeschlossen seyn. Dies aber würde gegen die Grundsätze der Auslegung anstoßen, wenn man da, wo deutlich die Verfassung den Rechtsweg eröffnet, dennoch nur gewisse Klagen zulassen will, und in das Gesetz eine demselben fremde Unterscheidung legt, bei welcher dem Verletzten wenig geholfen wird, weil er doch keinen Schutz für sein Recht, in so ferne von der Anerkennung desselben die Rede ist, erhält und eine Schadensklage liquidiren soll, während er, wie wir schon oben erwähnten, zunächst kein Geldinteresse beabsichtigt, und zu einem höchst schwierigen Beweise des Schadens genöthigt wurde. Mit Recht macht ein neuerer Schriftsteller [20]) auf zwei Klassen von Fällen aufmerksam, in welchen die Competenz der Justiz begründet ist; 1) wenn Pflichtwidrigkeiten den Verwaltungsbehörden Veranlassung zu Schadensansprüchen geben; 2)

20) Milhauser in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen, II. Bd. 2tes Hft. S. 172.

wenn an sich gesetzmäßige, dem Zwecke der Verwaltung entsprechende, in den Befugnissen der Behörden begründete Verwaltungsakte auf besonderen Titeln beruhende Privatrechte verletzt haben. Noch verdient die oft vorkommende Frage eine Erörterung, in wie ferne die Gerichte durch Aussprüche der Verwaltungsbehörden bei ihren Entscheidungen gebunden sind. Zwei merkwürdige Fälle sind dem Verfasser dieses Aufsatzes neuerlich vorgekommen. Ein Zollgardist hatte an der Gränze einen Burger erschossen, angeblich weil er ihn auf dem Schmuggelhandel betroffen hatte. Die Wittwe des Getödteten klagte gegen den Gardisten auf Entschädigung. Der Beklagte erklärte, daß er pflichtmäßig gehandelt hätte, und die vorgesetzte Zollbehörde sprach aus, daß der Diener seinen Instruktionen grmäß völlig rechtmäßig gehandelt habe. Das Gericht erkannte, daß nach den im Lande geltenden Gesetzen der Zollgardist gesetzwidrig den Bürger getödtet habe und verurtheilte ihn zur Entschädigung. Die Verwaltungsbehörde protestirte mit der Behauptung, daß die Gerichte an den Ausspruch der Administration gebunden sey. In einem andern Falle klagte ein Gemeinderathsschreiber wegen widerrechtlicher Entlassung ohne Pension gegen den Gemeinderath auf Pensionirung, weil er auf Lebenszeit angestellt gewesen sey. Der Beklagte läugnete diese Art der Anstellung und protestirte gegen die Einlassungspflicht, da die Sache Verwaltungssache sey. Das Ministerium erhob einen Competenzconflikt, da schon von der obersten Staatsbehörde in dem Falle entschieden worden sey, daß der Rathschreiber nicht auf Lebenszeit angestellt gewesen. Das Gerichte erkannte: daß der Rathschreiber zu beweisen habe, daß er auf Lebenszeit mit dem Anspruche auf Pensionirung im Fall der Entlassung angestellt worden sey. Wir werden die Frage näher unten zu erörtern Gelegenheit haben; nur vorläufig muß hier bemerkt werden, daß wenn überhaupt eine Justizsache vorliegt, das Gericht durch Beschlüsse der Verwaltungsbehörde, selbst der obersten Stelle, nicht gebunden seyn kann; denn solche Beschlüsse gehen nur von der Be-

hörde aus, die als Parthei handelt, und die Gerichte haben das Recht, nach den Vorschriften über gerichtlichen Beweis für alle Thatsachen, von deren Daseyn eine im Prozesse relevante Behauptung abhängt, Gewißheit zu verlangen. Müßten sie sich mit dem Ausspruche der Verwaltung begnügen, so würde das richterliche Prüfungsrecht aufgehoben und die würdige unabhängige Stellung der Gerichte vernichtet seyn. Mag derjenige, der nach dem Ausspruche seiner vorgesetzten Stelle Recht zu haben behauptet, die Ausspruch vorlegen und für seine faktischen Behauptungen Beweise vorlegen; das Gericht kann nie gehindert seyn zu prüfen, ob die vorgelegten Nachweisungen für seine Ueberzeugung genügen [21]). Verläßt man diese Ansichten, so verwandelt man die Administrativstelle in ein Gericht usd kömmt zu bedenklichen Folgerungen, vorzüglich in Fällen, wo die Administrativbehörde gesetzwidrige Instruktionen einem Beamten gab und ihn durch ihren Ausspruch, daß er rechtmäßig gehandelt habe [22]), gegen jede Verantwortlichkeit leicht schützen kann [23]).

---

21) Eine Nachweisung, daß die Gerichte durch die Aussprüche der Administrativstellen nicht gebunden seyen, findet sich in einem Criminalfalle in Demme's Annalen der Criminalrechtspflege, IV. Bd. 1. Abthlg. S. 62.

22) Man hat z. B. in Sachsen nie bezweifelt, daß da, wo Jemand ungerecht arretirt wuree aud auf Sachsenbuße klagt, die Justizbehörde über die Rechtmäßigkeit der Arrestation entscheidet.

23) In neuester Zeit ist zwar im entgegengesetzten Sinne von dem preußischen Ministerium am 21. Nov. 1837 (in v. Kamtzs Jahrbüchern, Heft 100 S. 632) bestimmt worden, daß die Regierung präjudiziell zu entscheiden habe, ob der Beamte einen Waffenmißbrauch verübte und daß dann die Justiz daran gebunden sey.

§. 5. Anwendung der bisher aufgestellten Grundsätze auf die vorzüglich bestrittenen Verhältnisse insbesondere.

A. Auf das Verhältniß der Gemeinden.

Nicht leicht kommen in einer Lehre so viele Streitigkeiten darüber vor, ob eine Sache als Justiz- oder als Verwaltungssache behandelt werden dürfe, als dies in der Lehre von den Gemeinden der Fall ist. Der Grund liegt in der Unklarheit der Ansichten, die noch immer über das Verhältniß der Gemeinden zum Staate bemerkbar werden. Ein gewisser Egoismus und ein spießbürgerlicher Sinn, der gegen jede Neuerung sich sträubt und überall über Rechtsverwaltung klagt, wo der Staat im wohlverstandenen Interesse der Gemeinden selbst Schranken einer ungeregelten Haushaltung oder der Bedrückung der Armen durch die Gemeindearistokratie, oder einer Gefährdung der staatsbürgerlichen Interessen durch die Gemeindebeschlüsse, oder alte Mißbräuche aufheben will, iß im Kampfe mit jener Ansicht des Staats, die hervorgehend aus dem irrigen Glauben an die Weisheit des Vielregierens und aus der Obervormundschaft, unter der man die Bürger halten will, überall unter dem Aushängeschilde der Oberaufsicht in alle Gemeindeverhältnisse sich mischt, alle Gemeinden nach einem allgemeinen Regierungsmaaßstabe regieren will, oder voll Mißtrauens gegen die freie Entfaltung des Gemeindelebens in jeder freien Regung die Ausbrüche einer Revolution befürchtend, einschreitet, oder selbst wie einst der französische Herrscher in dem Gemeindevermögen ein willkommenes Mittel erblickt, durch die Belastung dieses Vermögens ungeheure Staatsausgaben zu decken, die seine Eroberungskriege veranlassen. Während nach der ersten Ansicht alle Streitigkeiten, welche durch die Beschlüsse der Verwaltung in Bezug auf den Gemeindehaushalt entstehen, zur Competenz der Gerichte gewiesen werden, sucht die zweite Ansicht möglichst diese Streitigkeiten den Gerichten zu entziehen, weil

man fürchtet, daß an der Energie der Gerichte, welche die Anmaaßungen der Verwaltung zurückweist, die Versuche scheitern möchten, die Gemeinden willkürlich zu beherrschen. Alle möglichen Streitigkeiten, in welchen das Gemeindeverhältniß zur Sprache kömmt, lassen sich auf folgende Grundverhältnisse zurückführen: I. auf das Verhältniß der Gemeinde zu dem Staate, und zwar A. in so ferne von der Bildung einer Gemeinde oder einer Auflösung derselben die Rede ist, z. B. wenn bei wachsender Bevölkerung die entfernter wohnenden Familien von der bisherigen Gemeinde sich trennen und eine eigene Gemeinde bilden wollen, B. in so ferne die Gemeinde nutzbare Rechte, die ihr bisher zustanden und die ihr der Staat entziehen will, reklamirt, z. B. Privilegien, Zollrechte, Oktroi, C. in so ferne der Gemeinde nach allgemeinen polizeilichen Vorschriften gewisse Pflichten aufgelegt werden sollen, z. B. Anstalten zu treffen, um von der Straße den Schnee wegzuräumen oder die Waldungen der Gemeinde auf eine gewisse Weise zu bewirthschaften, D. in so ferne ihr eine Beitragspflicht zu gewissen Lasten aufgelegt werden soll, und zwar a) vermöge Gesetzes, z. B. zu Schulhausbau oder zur Besoldung der Schullehrer, oder b) vermöge polizeilicher Anordnungen, z. B. in Bezug auf Beleuchtung oder Armenversorgung, E. in so ferne der Staat in gewissen Anordnungen, welche sie treffen will, z. B. wenn sie einen zweiten Bürgermeister anstellen, oder auf Kosten der Gemeinde ein Theater bauen will, die Gemeinde hindert F. in so ferne der Gemeinde durch Beschlüsse der Verwaltung Jemand als Gemeindeglied aufgedrungen werden soll. II. Ein anderes Grundverhältniß ist das, der Gemeinde zu dritten Personen und zwar a) zu anderen Gemeinden, in so ferne α) über Eigenthumsverhältnisse gestritten wird, z. B. wenn die Gemeinde A. behauptet, daß ihr der Wald, den die Gemeinde B. besitzt, gehöre, oder wenn über die Repartition gewisser Lasten oder über die Pflicht, eine bestimmte Person zu alimentiren, Streit entsteht,

oder b) zu anderen Personen, welche aus geschlossenen Verträgen z. B. Lieferungen, klagen oder Servituten zu behaupten, in Bezug auf das Gemeindegut. III. Die Gemeinde kann im Verhältniß stehen zu einzelnen Gemeindegliedern, und zwar A. in so ferne ein einzelner Bürger aus Privatrechtstiteln etwas von der Gemeinde fordert, z. B. wenn er ein Grundstück von der Gemeinde kaufte, oder B. in so fern durch Gemeindebeschluß ein bisher bestandener Zustand geändert werden soll, z. B. die Straße, welche bisher auf einer Seite der Stadt geführt war, soll nun auf einer anderen minder gefährlichen Stelle angelegt werden und die Bürger, deren Häuser an der bisherigen Straße lagen, beschweren sich; C. oder in so ferne einzelne Bürger mit Gemeindeschlüssen unzufrieden sind, welche ihre politischen Gemeinderechte auf eine Art reguliren, z. B. die Stimmrechte beschränken, oder D. in so ferne Gemeindeglieder zu gewissen Beiträgen oder zur Erfüllung gewisser Lasten angehalten werden, z. B. Umlagen zu bezahlen oder Frohnen zu leisten; E. in so ferne die Bürger gegen die Gemeindebehörde klagen, um sie zur Erfüllung gewisser Amtspflichten anzuhalten, z. B. die Rechnung zu stellen, die der Gemeinderath seit langer Zeit verzögerte; F. in so ferne die Bürger wegen Entziehung oder Schmälerung der ihnen zustehenden Rechte auf das Allmendvermögen klagen, oder G. in so ferne der Streit andere nutzbare Gemeinderechte betrifft, z. B. Braurechte, die auf gewissen Häusern haften sollen. IV. Die Gemeinde kann im Verhältnisse zu den von ihr angestellten oder gewählten Beamten stehen, und zwar A. in so ferne der Streit die Erfüllung der Amtspflichten diese Personen betrifft, oder B. in Bezug auf Entlassung oder Pensionirung solcher Beamten vorkömmt. V. Ein anderes Verhältniß ist endlich dritten Personen gegenüber begründet, welche noch keine Gemeindeglieder sind, aber die Aufnahme in die Gemeinde verlangen. — Betrachten wir zuerst die Natur der Gemeinde, um ihr Verhältniß zu dem Staate festzustellen

so ist es unverkennbar, daß man die geschichtlichen Forschungen [1]) in dieser Lehre zum Nachtheil der Wahrheit vernachläßigte, wobei wir freilich bemerken, daß wir uns nicht mit einer solchen Geschichte begnügen, welche nur das ursprüngliche Verhältniß feststellt, sondern verlangen, daß auch die Fortbildung des Gemeinde-Verhältnisses bis zur neuesten Zeit genau beachtet werde. Die Gemeinde, welche uns das germanische Recht in dem Zustande darstellt, ehe die wahre Natur derselben durch römisches Recht verdorben wurde, kann weder einer römischen Universitas [2]) noch einer Gesellschaft gleichgestellt werden. Nach jener ersten Eigenschaft würde sie ein künstlich durch eine Fiktion, in so ferne der Staat gleichsam der moralischen Person eine Seele einhaucht, erzeugtes Gebilde, eine neue Person seyn, in welcher alle Selbstständigkeit und Willensäußerung der Personen untergeht, welche die Gemeinde ausmachen; nach der zweiten Eigenschaft würde sie als eine Vereinigung von Personen erscheinen, von denen jede bestimmte individuelle Rechte in die Gesellschaft bringt oder durch den Vertrag erhält und die sie gegen die Gesellschaft in der Art geltend machen kann, daß ihr diese Rechte einseitig nie entzogen werden könnten. Die germanische Gemeinde, früher als die Staatsgewalt begründet, selbst die Grundlage des Staatenvereins, beruht auf dem lebendigen genossenschaftlichen Princip [3]), nach welchem die Verbindung und das Zusammenwirken aller Gemeindeglieder der Thätigkeit der Gemeinde die Richtung giebt und zwar so, daß Alle sich dem Willen der Mehrheit unterwerfen und die Verfügungen derjenigen in einem gewissen Umfange anerkennen, denen

1) S. meine Grundsätze des deutschen Privatrechts, 5te Ausgabe §. 120. Phillips deutsches Privatrecht, 2te Ausgabe 1 S. 329. Bluntschli Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich 1 S. 78.

2) Bluntschli l. c S. 81.

3) Nicht genug wird der lebendige korporative Trieb, der im germanischen Rechte überall in dem Einigungswesen erkennbar ist, hervorgehoben.

die Gemeindegenoſſen die Leitung des Gemeindehaushalts durch ihre Wahl übertrugen, während durch den Willen der Gemeinde, oder der Mehrheit der Genoſſen die Einzelnen gewiſſe Rechte erhalten, deren Umfang und Dauer durch den Willen der Gemeinde regulirt wird. So iſt in der germaniſchen Gemeinde eine Thätigkeit erkennbar, welche durch den Willen Aller in Bewegung geſetzt wird, daher auch ein williges Gehorchen bemerkbar iſt, da jeder nur ſeinem Willen folgt, in ſo ferne er ein Stimmrecht ausüben konnte, jedoch dem Willen der Gemeinde gehorcht, indem er ſich vorher demjenigen unterwerfen zu wollen erklärte, was die Majorität beſchließen würde. Die Anſicht von einer gemiſchten Natur tritt dabei ſchon früh in ſo ferne hervor, als die Gemeinde theils eine ſelbſtſtändige, mit eigenen Rechten und einem unantaſtbaren Vermögen verſehenen Korporation bildet, theils eine Abtheilung des Staatsbezirks ausmacht, der ſelbſt wieder aus einzelnen Gemeinden zuſammengeſetzt iſt. In dieſem letzten Merkmal liegt der Grund der Einwirkung der Staatsgewalt auf die Gemeinde. Es iſt begreiflich, daß je mehr die Staatsgewalt ſich ausbildete, auch deſto mehr die freie Entwickelung der Gemeinde beſchränkt wurde; ſeit dem 16ten Jahrhundert [4]) waren die Verſuche der Staatsregierungen auf Wahlen der Gemeindevorſtände, auf Benützung des Gemeindevermögens und Rechnungsablegung einzuwirken immer häufiger; die Obervormundſchaft des Staats ſchien dies zu rechtfertigen. Die römiſche Vorſtellung von der Universitas bewirkte oft, daß die Gemeinde als ſogenannte juriſtiſche Perſon wie eine Puppe erſchien, die von der Staatsregierung an dem Drahte der Regierungsbeſchlüſſe gezogen wurde; die Anſicht von den Iuribus minorum [5]) der Gemeinde vernich-

4) Die beſte Darſtellung dieſer allmähligen Entwickelung ſ. in Gachard precis de regime municipal de la Belgique avant 1789. Brurelles 1834.

5) Warum leiht ein vorſichtiger Mann ungern einer Gemeinde Geld? wohl nur, weil die Erfahrung lehrt, wie wenig man von einer

tete die Selbstständigkeit sowie den Kredit der Gemeinde und zerstörte den Bürgersinn, und die Lust, Opfer der Gemeinde zu bringen, in welcher die Gemeindeglieder doch nichts mehr zu regieren hatten. Die französische Revolution mit den Ideen der Gleichheit und dem Nivellirungssystem zerstörte noch völlig das Gemeindeleben. Die Gemeinden erschienen wie die Compagnieen in der Armee, die nach dem Winke des Machthabers Halt machen oder marschiren mußten. Das Gemeindevermögen wurde angegriffen, und die Gemeinden wie Abtheilungen im Fachwerk des Staats, die man beliebig ändern konnte, betrachtet [6]). Auch in den deutschen Staaten fand man nicht selten Gefallen an einer solchen Ansicht, bei welcher die an das Centralisationssystem gewöhnten, am Staatsruder sitzenden Personen bequem regieren konnten. Die preußische Städteordnung von 1818 brach zuerst diesen Geist und erkannte die Wohlthaten einer größeren Selbstständigkeit und eines freieren Aufschwungs der Gemeinden. Immer mehr wurde nun das Verhältniß der Gemeinde zum Staate klarer erkannt; und nur daraus kann der Grundsatz abgeleitet werden, welche als Norm der Beurtheilung der Frage dient, ob eine Streitigkeit der Gemeinde zur Competenz der Gerichte gehöre. I. In so ferne die Gemeinde eine Abtheilung des Staatsbezirks ist, und nur durch das Zusammenwirken aller Gemeinden der Staatszweck realisirt werden kann, in so ferne allgemeine Staatslasten oder durch das landespolizeiliche Interesse gerechtfertigte Anordnungen aller Gemeinden durch die Staatsgewalt aufgelegt werden sollen, in so ferne der Gemeindebezirk es ist, in welchem, als einer Abtheilung des Staats, die staatsbürgerlichen Befugnisse der Bürger ausgeübt werden, z. B. Wahlen, und in so ferne

Gemeinde das Geld wieder erhalten kann, weil sie in Prozessen, die sie führt, durch ihre Privilegien als angeblicher Minor die Verhandlungen verzögern und hinter die sogenannte Obervormundschaft des Staats sich verstecken kann.

6) Phillips deutsches Privatrecht 1 S. 336.

in dem Gemeindebezirk auch Personen sich befinden, welche keine Gemeindeglieder sind, sondern nur als Einwohner den Aufenthalt in der Gemeinde genießen, durch die Gemeindebeschlüsse daher auch nicht unbedingt verpflichtet werden können, in so ferne auch jeder Staatsbürger in irgend einem Gemeindebezirke sich aufhalten muß und dem staatsbürgerlichen Interesse des freien Aufenthalts nicht Eintrag gethan werden kann, steht die Gemeinde unter der Einwirkung der Staatsregierung [7]) und muß den Verfügungen derselben gehorchen.

II. Da jede Gemeinde ihr eigenes Vermögen hat, welches ebenso unantastbar und unverletzlich als ein anderes Privateigenthum ist, da es nur von der Gemeinde abhängt, wie dies Vermögen verwaltet und benutzt werden soll, da sie durch Gemeindeschlüsse bestimmt, welchen Antheil die Gemeindeglieder an dem Ertrage dieses Vermögens haben sollen, so kann der Gemeinde keine Anordnung aufgedrungen werden [8]), wodurch dieser Charakter des Gemeindevermögens verletzt würde, und sie muß wie jeder Privatmann, Schutz gegen solche Beschränkungen bei den Gerichten finden.

III. Da das Gemeindevermögen nur zur Realisirung der Gemeindezwecke bestimmt ist, da es unveräußerlich der Gemeinde, die als ewig dauerndes Wesen nicht blos aus den jetzt lebenden Gemeindegliedern, sondern auch aus allen künftigen Geschlechtern besteht, erhalten werden muß, da durch die Verwendung des Gemeindevermögens zu fremdartigen

---

7) Literatur in meinen Grundsätzen des deutschen Privatrechts. 5te Aufl. §. 121. Not. 9, 10. §. 125.

8) Hier lag und liegt noch hie und da der Fehler, daß durch die Dekreturen des Amts die Gemeinde-Ausgaben aufgelegt werden konnten, die ihrem Zwecke fremd waren. Häufig waren es nur die Privatansichten des Ortsbeamten, welcher hier entschied. Denke man nur an die vielleicht gut gemeinten Verschönerungspläne eines Beamten; dergleichen Neigungen werden leicht zur Leidenschaft, und wehe dann der Gemeindekasse, auf welche das Amt Anweisungen geben kann.

Zwecken die Gemeinde der Mittel beraubt würde, die nothwendigen Gemeindezwecke zu realisiren und durch egoistische Benutzung des Vermögens blos zum Vortheile der jetzt lebenden Gemeindegenossen den künftigen Geschlechtern ihr Anspruch entzogen würde, die Staatsregierung aber darüber wachen muß, daß diese Entziehung nicht geschehe, so muß auch eine Einwirkung der Staatsgewalt auf die Verwaltung und Benützung des Gemeindevermögens gestattet seyn und in so weit ist das Oberaufsichtsrecht des Staats gerechtfertigt, dessen Natur in neuerer Zeit nicht (unrichtig mit dem Ausdruck: Curatel bezeichnet [9]), richtig darein gesetzt worden ist [10]), daß die Regierungsbehörde wache, daß das Gemeindevermögen erhalten, dessen Einkünfte ihrer Bestimmung gemäß verwandt, bei Anordnung und Vertheilung der Gemeindeausgaben angemessene und die Rechte der übrigen Landeseinwohner und das allgemeine Wohl nicht verletzende Grundsätze befolgt werden. Zweckmäßig ordnet in diesem Geiste das neueste Züricher Gesetz vom 28. Juli 1838 [11]),

9) Beisler Betrachtungen über Gemeindeverfassung S. 70.

10) Hanoverische Verfassungsurkunde §. 51, ebenso Braunschweigische §. 46.

11) Es sey erlaubt, hier in der Note dies gut gearbeitete Gesetz mitzutheilen: §. 1. Die Gemeindegüter sind ausschließliches Eigenthum der Bürgergemeinden. Sie sind zunächst bestimmt, die öffentlichen Bedürfnisse des Ortes und der Gemeinde zu befriedigen. Aus ihrem Ertrage vornehmlich werden die hierauf bezüglichen Ausgaben bestritten. Aus ihrem Capitale können auch, wo es dessen Bestand erlaubt, dauernde Anstalten, die das Wohl der Gemeinde befördern, gegründet werden. §. 2. Der Gemeinde und ihren Vorstehern steht innerhalb der Schranken der Verfassung, der bestehenden Gesetze und allfälliger besonderer Gemeinde-Ordnungen das Recht zu, das Gemeindevermögen zu verwalten und darüber im Sinne der §§. 1., 4. und 5, zu verfügen. §. 3. Dem Bezirks- und Regierungsrathe steht nach §. 89. der Verfassung die Oberaufsicht zu über die Verwaltung aller Gemeindegüter. Genannte Verwaltungsbehörden haben namentlich darüber zu wachen, daß der Capital-Bestand des Gemeindvermögens ohne außerordentliche Veranlassung nicht vermindert, noch die Güter

über die Verwaltung der Gemeindegüter die Oberaufsicht der Regierungsbehörde an.

---

zu fremdartigen Zwecken verwendet werden. §. 4. Zum Behuf und im Interesse dieser Oberaufsicht sind: 1) alljährlich die Rechnungen über die Verwaltung der Gemeindegüter, nachdem sie von den Gemeinden geprüft und genehmigt worden seyn werden, zur Ratification sowohl in arithmetischer Hinsicht als im Sinne des §. 3 dem Bezirksrathe einzuliefern, welcher hierauf dem Rathe des Innern eine Uebersicht derselben einzusenden hat; 2) je zu 10 Jahren genaue Inventare über den Bestand der Gemeindegüter durch die Gemeindeverwaltung aufzunehmen und je ein Doppel derselben dem Bezirksrathe zur Aufbewahrung einzureichen; 3) Verträge, welche Veränderung des Stammgutes durch Veräußerung oder Verpfändung von Gemeindeliegenschaften oder durch Vertheilung von solchen zu Eigenthum betreffen, so wie Beschlüsse über Verwendung eines Theiles des Stammgutes vor ihrer Vollziehung dem Bezirksrathe in Abschrift mitzutheilen: findet der Letztere einen solchen Vertrag oder Beschluß dem Interesse der Gemeinde nachtheilig, so ist er binnen 14 Tagen, vom Tage der Mittheilung an gerechnet, befugt, denselben zu sistiren oder aufzuheben. §. 5. Mit Rücksicht auf die Gemeindewaldungen gelten die in dem Forstgesetze vom 29. September 1837 festgestellten Beschränkungen. §. 6. Sobald der Bezirksrath wahrnimmt, daß die Verwaltung der Gemeindegüter unordentlich geführt, oder das Stammvermögen ohne hinreichende Veranlassung angegriffen oder das Gemeindegut zu fremdartigen Zwecken mißbraucht wird, so erläßt er die nöthigen Erinnerungen, Mahnungen und Beschlüsse, welche geeignet sind, theils diese Fehler zu verbessern, theils sie für die Zukunft zu verhindern. §. 7. Streitigkeiten über die Verwaltung der Gemeindegüter sind nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Brachmonat 1831 als Streitigkeiten im Verwaltungsfache zu behandeln; jedoch sind die dießfälligen Rechtsmittel nur in denjenigen Fällen zulässig, wo durch Beschlüsse der Gemeinden oder Vorsteherschaften die Verfassung oder bestehende Gesetze oder allfällige besondere Gemeinde-Ordnungen verletzt sind. §. 8. Der Gemeinde steht es frei, den Ertrag ihrer Liegenschaften jährlich unter die in dem Gemeindebann wohnenden Bürger oder Bürgerhaushaltungen zu vertheilen, unter der Voraussetzung jedoch, daß dadurch die öffentlichen Gemeindsbedürfnisse nicht vernachlässigt werden. Ebenso ist die Gemeinde berechtigt, auf eine Anzahl Jahre hin unter denselben Bestimmungen eine Vertheilung des Bodens, der weder Holz noch Torf trägt, zum Bezug der Jahresnutzung vorzunehmen

Nothwendig wird hier nur die Bemerkung, daß das Verhältniß der Gemeinde zu dem Staate wieder verschieden gestaltet werden kann nach den besondern Gesetzgebungen. Es ist klar, daß da, wo die Ansicht vorherrscht, daß die Gemeinde

---

und jederzeit diese Vertheilung zu erneuern. Von den Nutzungstheilen kann die Gemeinde jederzeit eine Auflage (Losgeld) erheben und dieselbe nach Erforderniß ihrer Ausgaben beliebig erhöhen oder vermindern. §. 9. Für verkaufte Liegenschaften ist jederzeit der Erlös, für vertheilte Liegenschaften ein entsprechender Werth zum Stammgut des Gemeindevermögens zu schlagen. §. 10. Dingliche Rechte auf regelmäßig wiederkehrende Nutzungen, welche zu Gunsten Dritter auf andern Gemeindeliegenschaften, als Waldungen, auf welche letztern die Bestimmungen des Forstgesetzes Anwendung finden, haften, sollen ihrem Werthe nach in Geld geschätzt werden und können jederzeit gegen Entrichtung oder Capitalisirung des zwanzigfachen Werthes ihres Reinertrages, welcher auf eine Durchschnittsberechnung der letzten 25 Jahre sich gründen soll, losgekauft oder durch Abtretung eines angemessenen Theiles der dienenden Grundstücke getilgt werden. Hat der Inhaber des Nutzungsrechtes besondere damit verbundene Leistungen an die Gemeinde-Ausgaben zu entrichten, so sollen dieselben nach §. 7. des Gesetzes über die Gemeinde-Ausgaben gewerthet und von der Ablösungssumme abgerechnet werden. Verpflichtungen für Frohndienste an Hand- und Fuhrleistungen für die Straßen, welche der Nutzungsberechtigte zu tragen hatte, sind, nach Erforderniß einer gehörigen Unterhaltung, zu berechnen. §. 11. Sind die Nutzungsrechte notarialisch verpfändet, so soll der Loskaufsbetrag in der betreffenden Notariatskanzlei zur Deckung der Pfandgläubiger abgegeben werden. §. 12. Das Kirchengut, das Armengut und das Schulgut sind von dem übrigen Gemeindegut möglichst auszuscheiden, in dem Sinne, daß, wo das eine Gut zu Gunsten des andern dauernde Verpflichtungen übernommen hat, diese genau ihrem Umfange nach fixirt und wo die Verhältnisse keine eigenthümlichen Schwierigkeiten haben, gegenseitig auch dem Capitale nach ausgeschieden werden. §. 13. Gemeindsstiftungen verbleiben unter gesonderter Verwaltung und werden unter Aufsicht des Bezirks- und Regierungsrathes von der Gemeinde und der zuständigen Gemeindsbehörde den Bestimmungen der Stiftung gemäß verwaltet und verwendet. Eine Abänderung dieser Bestimmungen kann nur auf Ansuchen einer Gemeinde von dem Großen Rathe bewilligt werden. Zürich, den 28. Brachmonat 1838.

gleichsam nur eine Abtheilung im Fachwerke des Staats ist, wo jeder, welcher in der Gemeinde wohnt, auch als Gemeindeglied erscheint, z. B. in Frankreich, auch der Staat größere Befugnisse in Bezug auf die Gemeindeverwaltung ausübt und selbst in der deutschen Gemeindeverfassung, welche die Rechte der Gemeinden als selbstständige Korporation ehrt, wird da, wo nach der Landesgesetzgebung [12]) jeder Staatsbürger einer Gemeinde als Bürger oder Beisitzer angehören muß, der Kreis der Verwaltungssachen in Bezug auf Streitigkeiten der Gemeinden mit dem Staate ausgedehnter seyn können [13]).

Wendet man die zuvor aufgestellten Grundsätze auf die oben geschilderten Verhältnisse an, so ist 1) da, wo von der Bildung oder Auflösung einer Gemeinde die Rede ist, z. B. einige Gemeindeglieder sich trennen und eine neue Gemeinde bilden wollen, keine Civiljustizsache begründet, weil nur dem Staate [14]), der die Gemeinde als Grundlage des Staatsvereins betrachtet, es zusteht, zu bestimmen, ob eine neue Gemeinde bestehen oder eine bisherige aufhören soll, da die allgemeinen polizeilichen Verhältnisse, so wie die Ausübung staatsbürgerlicher Interessen mit dem Bestehen der Gemeinde zusammenhängen, daher auch alle Gemeindeordnungen [14]) anerkennen, daß die Gemeinde nur mit Bewilligung des Staats (in constitutionnellen Staaten bedarf es hierzu eines Gesetzes) gebildet oder aufgelöst werden kann. Selbst da, wo der Staat die Bildung einer neuen Gemeinde genehmigt hat und nun zwischen der alten und der neuen Gemeinde Streit über die Theilung des Vermögens entsteht, muß die Zulässigkeit einer Civiljustizsache bezweifelt werden, weil die Mitglieder der neuen Gemeinde nicht einen privatrechtlich begründeten Anspruch auf einen bestimmten Vermögenstheil haben, und der Staat, ehe er die Trennung der Gemeinde ausspricht,

---

12) Z. B. der würtembergischen Verfassungsurkunde §. 62.
13) Pflüger über die Gränzen der Verwaltungs- u. Civiljustiz S. 141.
14) Badische von 1831 Art. 4.

die Art, wie das Vermögen getheilt werden soll, nach gehöriger Prüfung der Verhältnisse und Interessen regulirt; 2) wenn der Staat einer Gemeinde nutzbare Rechte entzieht und die Gemeinde sich darüber beschwert, kömmt es darauf an, ob dies nutzbare Rechte waren, welche der Gemeinde ebenso wie sie einem Privatmann zustehen können, zustanden, z. B. Gerichtsbarkeit, Jagdrechte, oder ob solche Befugnisse entzogen werden sollen, welche als Ausflüsse der früheren staatsrechtlichen Einrichtungen allen Gemeinden des Landes überhaupt bewilligt waren, z. B. in Bezug auf Repartition der Steuern; im letzten Falle kann da, wo der Staat überhaupt nach geänderten Einrichtungen bei allen Gemeinden die bisherigen Befugnisse aufhebt, keine Justizsache begründet werden, weil der Staat nie gehindert seyn konnte, im allgemeinen Interesse zweckmäßigere Einrichtungen zu treffen, und kein Privatrecht den Gemeinden zur Seite steht; im ersten Falle kann die Gemeinde nur dann eine Civilklage begründen: a) wenn der einzelnen Gemeinde ein den andern Gemeinden gesetzlich zustehendes Recht entzogen werden soll, weil hier eine Ausnahme von der Regel gemacht würde, oder b) wenn, in so ferne durch ein allgemeines Gesetz die bisherigen Freiheiten, worauf sich das in Frage stehende Recht bezog, aufgehoben werden, die Gemeinde wegen Entziehung des Rechts eine Entschädigungsklage anstellt; 3) bei Anordnungen des Staats, wodurch einer Gemeinde gewisse Lasten oder Pflichten aufgelegt werden, entscheidet die Art der Last und ihr Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse, so wie die bestehende gesetzliche Einrichtung und der Umstand, durch welchen Akt die Verpflichtung aufgelegt wird. In so ferne die Gemeinde bei der in Frage stehenden Verpflichtung als ein Verein erscheint, in welchem die staatsbürgerlichen Interessen auszuüben sind, oder die Anordnung, alle Unterthanen, daher auch die in der Gemeinde wohnenden, betrifft, kann über die Anordnung bei der Justiz keine Klage erhoben werden, z. B. wegen Einrichtungen, die sich auf die Ausübung der Wahlrechte zu Landstän-

den, oder auf Steuerrepartition beziehen; denn hier ist die Gemeinde als Staatsbezirk den allgemeinen Anordnungen unterworfen; nicht das Gemeinderecht, sondern das staatsbürgerliche Verhältniß steht in Frage — betrifft die neue Anordnung allgemeine, durch die Landespolizei gebotene Einrichtungen, z. B. Anstalten wegen Vertilgung der Maulwürfe und Mäuse, oder auch die durch die allgemeine Landespolizei, z. B. auch Forstpolizei, gebotene Benützung des Gemeindevermögens, z. B. der Waldungen [15]), so kann ebenso die Gemeinde keine Klage geltend machen. Würde aber durch die Verwaltungsbehörden der Gemeinde eine Last aufgelegt, welche entweder nach bestimmten Gesetzen als Staatslast erklärt ist und nun nach der neuen Anordnung die Gemeinde allein treffen soll, z. B. daß sie Polizeidiener bezahle, während das Gesetz die Bezahlung derselben dem Staate aufbürdet, oder wo gezeigt werden kann, daß durch irrige Ausdehnung etwas zur Gemeindelast gemacht werden soll, so muß der Gemeinde der Rechtsweg offen stehen, z. B. wenn der Gemeinde aufgelegt würde, daß sie den Schnee im Umkreis von einer Stunde auf den Straßen wegschaffen soll; kann hier die Gemeinde nachweisen, daß sie dadurch gezwungen würde, Staatsstraßen rein zu halten, während doch die Reinigung dieser Straßen dem Staate gesetzlich obliegt, so muß der Rechtsweg zugelassen werden, weil der Richter nach den vorliegenden Gesetzen über das Daseyn der Verbindlichkeit entscheiden kann. Wenn aber die Gemeinde nur über die Härte und die Unzweckmäßigkeit der Verfügung sich beschwert, so ist kein Rechtsstreit begründet. Wenn in Bezug auf Schuleinrichtungen, Beiträge zur Schullehrerbesoldung oder Armenversorgung Streitigkeiten entstehen, so kömmt es darauf an, ob darüber ein bestimmtes Gesetz in dem Lande besteht oder nicht. Wird im ersten Falle das Gesetz angewendet und eine einzelne Gemeinde findet sich beschwert, so kann nur soweit der Rechtsweg begründet seyn,

15) Pfeiffer prakt. Erört. 14 S. 504.

als nach den oben in §. 4 aufgestellten Grundsätzen die Gerichte über die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte entscheiden dürfen. Dem Verfasser dieses Aufsatzes sind mehrere Fälle bekannt, in welchen der Rechtsweg auch in Streitigkeiten über Verpflichtung der Gemeinden zu Schuleinrichtungen zu bezahlen, zugelassen wurden. — Wenn z. B. das Gesetz sagt, daß die Gemeinde die Bezahlung der Lehrer an Volksschulen obliege und wenn nun die Regierung einer Gemeinde auflegen wollte, auch eine Gewerbsschule zu organisiren und Lehrer zu bezahlen, so ist das Gericht gewiß befugt, über die Verbindlichkeit zu entscheiden; besteht in dem Lande kein Gesetz über die in Frage stehende Einrichtung, so muß jede Regierungs-Anordnung, wodurch einer Gemeinde eine neue Last aufgelegt werden soll, auch Gegenstand einer Klage vor den Gerichten werden können; denn es handelt sich hier um Belastung der Gemeindekasse und um die Befugniß der Regierung dies zu thun. Man würde die Oberaufsicht des Staats zu weit ausdehnen, wenn man daraus das Recht ableiten wollte, beliebig den Gemeinden Verbindlichkeiten aufzulegen [16]). Gründet sich in einer Gemeinde die Einrichtung einer Schule auf eine bestimmte Stiftung, welche die Concurrenz der Gemeinde dabei regulirt, z. B. ob die Gemeinde die Lehrer zu präsentiren hat, oder wie ausgedehnt die Schule seyn soll, z. B. ob sie Gymnasium ist, so muß der Rechtsweg begründet seyn, wenn die Regierung die stiftungsmäßig zustehenden Rechte der Gemeinde durch einen Regierungsakt abändern, oder z. B. die Schule in eine niedere Schule verwandeln will; denn so lange die Stiftung besteht, muß sie auch respektirt werden, und das Gericht hat eine Norm, nach welcher sie die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes beurtheilen kann.

4) Betrifft die Verfügung der Staatsregierung einen

16) S. Beispiele von Entscheidungen in solchen Fällen bei Pfeiffer prakt. Ausführungen V. S. 305.

Gemeindebeschluß, durch welchen die Gemeinde eine die Gemeindekasse belastende Anordnung treffen will, welche die Regierung als eine dem Gemeindezwecke fremdartige erkennt, oder doch als eine überflüssige ausspricht, und daß der Gemeindeschluß nicht bestätigt wird, z. B. wenn die Gemeinde einen Theaterbau auf Kosten der Gemeinde, oder eine kostspielige Gasbeleuchtung beschließen würde, so kann wegen Verweigerung der Bestätigung die Gemeinde nicht den Rechtsweg ergreifen, weil der Staatsregierung nach ihrer Oberaufsicht die Befugniß zusteht, dafür zu sorgen, daß das Gemeindevermögen nicht zu fremdartigen Zwecken verwendet und der Gemeinde eine Last aufgelegt werde, die dem Wesen der Gemeinde fremd ist.

5) Beschwert sich eine Gemeinde darüber, daß ihr von der Staatsregierung ein Individuum gegen den Willen der Gemeinde aufgedrungen worden, so ist da der Rechtsweg nicht begründet, wo nur aus Gründen der allgemeinen Landespolizei einer Person in einer Gemeinde ihre Heimath oder ein bestimmter Wohnsitz angewiesen wird, weil die Regierung schon im öffentlichen Interesse das Recht haben muß, jedem Staatsbürger, welcher einer Gemeinde angehören muß, einen festen Wohnsitz anzuweisen, daher keine Gemeinde ein Recht hat, sich zu weigern, und weil das Gericht keine Norm besitzen würde, um über die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Maaßregel zu entscheiden [17]); wenn dagegen einer Gemeinde ein Individuum als Bürger aufgedrungen werden soll, daher als vollberechtigtes Mitglied der Gemeinde, so kömmt es darauf an, ob das Landesgesetz die Aufnahme in eine Gemeinde unter bestimmten Erforderniſſen zusichert, z. B. wenn er ein gewisses Vermögen und guten Leumund nachweist; weist hier eine

17) So wurde auch erkannt von dem Oberappellationsgerichte in Kassel, in Pfeiffers prakt. Ausführungen V. S. 812 und in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen. 1tes Heft S. 236.

Gemeinde einen Kandidaten mit seinen Ansprüchen ab, erkennt aber die Regierung, an welche sich diese Person auf dem Wege des Rekurses wendete, daß die Gemeinde schuldig sey, die Person als Bürger aufzunehmen, so kann die Gemeinde sich nicht an die Gerichte wenden, weil hier, vorausgesetzt, daß die competente Behörde und in den gehörigen Formen den Beschluß erließ, die Regierungsbehörde auf dem Wege des Rekurses entschied und ein Privatrecht der Gemeinde nicht zur Seite steht. Darüber, wie weit das Oberaufsichtsrecht des Staats in dieser Beziehung reicht, fehlt es freilich nicht an Streitigkeiten. In einem neueren Falle [18]) hatte die kurhessische Regierung verfügt, daß die Eidesabnahme zur Bestärkung eines nachzuweisenden Vermögens des Bürgers, der in eine Stadt aufgenommen werden will, nicht mehr wie bisher durch den Stadtrath, sondern durch das Kreisamt geschehen sollte. Auf die dagegen erhobene Civilklage erging von dem Obergerichte ein zurückweisendes Dekret, weil der Regierung nach ihrem Oberaufsichtsrechte diese Befugniß zugestanden. Das Oberappellationsgericht dagegen erkannte (wohl mit Recht) die Klage als geeignet zur Einleitung des gerichtlichen Verfahrens, weil das Gesetz die Prüfung der Erfordernisse der Aufnahme als Bürger dem Gemeinderathe überlasse, dieser selbst Personen, denen die Erfordernisse fehlten, aufnehmen könne, weil dem Stadtrathe immer das Recht der Eidesabnahme zugestanden, und die neue Gemeindeordnung daran nichts geändert habe, und weil man das Oberaufsichtsrecht des Staats nicht soweit ausdehnen dürfe, daß vermöge desselben ein der Gemeinde zustehendes Recht auf die Staatsbehörde übertragen würde.

6) Ueberall wo der Streit einer Gemeinde ihr Vermögen betrifft, so daß ein Dritter darauf Anspruch macht [19]), ent-

18) S. die Zeitschrift: Der Rechtsfreund, redigirt von den Anwälten Nebelthau, Rösing und Schwarzenberg. Kassel 1838. Nr. 65. 66.

19) Z. B. bei Lehden (unbebauten Strecken), s. meine Grundsätze des deutschen Privatrechts, 5. Ausg. §. 128.

weder es als sein Eigenthum fordert, oder Dienstbarkeiten, die ihm darauf zustehen sollen, in Anspruch nimmt, z. B. Weiderechte, ist eine Civiljustizsache begründet, da das Gemeindevermögen als unverletzlich wie das Eigenthum von Privatpersonen gilt. Dies ist der Fall, wo mehrere Gemeinden mit einander streiten und gewisse Grundstücke als gemeinschaftliches Eigenthum behaupten [20]), z. B. wenn es zur Theilung von Gemeindegütern kommen soll und eine benachbarte Gemeinde fordert, daß zuerst zwischen den Gemeinden getheilt werden soll. Hier muß zuerst von dem Civilrichter entschieden werden, welcher Theil jeder einzelnen Gemeinde nach den Regeln des Miteigenthums gebühre [21]). Als Civiljustizsache ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn die Staatsregierung einen Theil des Gemeindevermögens in Anspruch nimmt [22]), z. B. behauptet, daß der Gemeindewald Staatswaldung sey, oder auch, wenn die Regierung gewisse Lasten, welche privatrechtliche sind, z. B. Dienstbarkeiten behauptet; — behauptet die Staatsregierung, daß auf dem Gemeindevermögen andere Lasten ruhen, die sich auf die Realisirung polizeilicher Zwecke beziehen oder sonst mit öffentlichen Anstalten zusammenhängen, z. B. zu einem Hospital oder zu der Irrenanstalt oder zur Besoldung der Beamten so viel beizutragen, oder Holz zu liefern, so ist auch hier ein Civilstreit begründet, weil eine solche Last ebenfalls nur aus einem privatrechtlichen Titel abgeleitet werden muß, und aus der Oberaufsicht des Staats nicht begründet werden kann, ausgenommen, wenn ein bestimmtes Gesetz die in Frage stehende Last den Gemeinden

20) Z. B. in Bezug auf Geraiden, Marken, mein deutsches Privatrecht §. 155. Note 9.

21) Badische Gemeindeordnung §. 96, Kurhessische Gemeindeordnung §. 11, Hildgard's Annalen der Rechtspflege in Rheinbaiern, I. Bd. 5tes Heft S. 321.

22) Die königl. sächsische Landgemeindeordnung vom 7. Nov. 1838 §. 55 erklärt, daß Streitigkeiten darüber, ob ein Gegenstand Gemeindevermögen (im gesetzlichen Sinne) sey, in dem Rechtswege zu erledigen seyen.

aufbürdet und die Regierung nur das Gesetz auf einen einzelnen Fall anwendet.

7) Steht in einem Streite die Gemeinde einzelnen Gemeindegliedern gegenüber, welche durch neue Anordnungen der Gemeinde sich für beschwert erachten, ohne daß der Beschwerende sich auf einen Privatrechtstitel zur Begründung seiner Klage berufen kann, so entscheidet der Grundsatz, daß die Gemeindeglieder, in sofern Gemeindesachen der Gewalt der Gemeindebehörde unterworfen sind, und diese, welche kraft öffentlichen Rechtes handelt, den einzelnen Mitgliedern Rechenschaft vor den Gerichten in keinem größeren Umfange zu geben schuldig ist, als die Staatsbehörden den Unterthanen verantwortlich sind. Der bisherige noch so lange dauernde Zustand begründet eben so wenig Privatrechte, als in den Staatsverhältnissen; Niemand hat ein Recht auf ewige Dauer eines Mißbrauchs, der den Fortschritten der bürgerlichen Gesellschaft widerspricht, wenn auch die Vorzeit nach den damaligen Verhältnissen aus Gleichgültigkeit oder Unverstand die Einrichtungen einführte oder bestehen ließ. Der einzelne Bürger, der durch seine Wahl die Männer beruft, welche die Gemeindeangelegenheiten leiten sollen, hat sich dem Ausspruche derselben unterworfen und muß das anerkennen, was die Mehrheit der Stimmen beschloß. Mag auch früher ein Gemeindeschluß den Bürgern gewisse Befugnisse zuerkannt haben, so hindert dies nicht die Aufhebung dieser Befugnisse, weil auf die nämliche Weise, wie ein Verhältniß entstanden ist, es auch wieder aufgehoben werden kann. Wenn auch ältere Statuten zum Grunde liegen, die jetzt durch Gemeindeschluß auf gehörige Weise geändert werden, so begründet dies doch keine Privatrechte, weil jene Statuten nur auf die damaligen Verhältnisse sich bezogen und die Gemeindebehörde, welche diese Statuten entwarf, sie auch modificiren kann, da man nicht annehmen darf, daß die Gemeinde sich des Rechts habe begeben wollen, nach den Forderungen der Zeit auch bessere Einrichtungen nach den Bedürfnissen der Gemeinde

zu geben. Selbst wenn rechtskräftige Urtheile, z. B. über die Gemeindefrohnen, über das Verhältniß, in welchen einzelne Bürgerklassen zu Gemeindeumlagen beizuziehen sind, ergangen sind, kann dadurch, daß ein neues Gesetz oder ein verfassungsmäßig zu Stande gekommener Gemeindebeschluß die bisherige Einrichtung ändert, den Streit nicht zu einer Civiljustizsache machen, weil jenes Urtheil unter den damals bestandenen Normen den Streit unter den Bürgern regulirte, aber nie die Absicht haben konnte, die Einrichtung selbst als eine ewig dauernde in der Art zu sanktioniren, daß der gesetzgebenden Gewalt oder der Gemeinde das Recht entzogen werden sollte, neue bessere Anordnungen zu treffen. Zwar werden solche Urtheile, so lange nicht ein neues Gesetz oder ein Statut ergangen ist, welches das Verhältniß abändert, worauf das Urtheil sich bezog, eine Norm der Beurtheilung gewähren, wenn entweder einzelne Bürger dem Statute zuwiderhandeln, z. B. wenn die Kleinbegüterten gegen das Urtheil den Großbegüterten nachgesetzt werden sollen, oder wenn der Gemeindebeschluß die Rechte Einzelner verletzt, welche das Urtheil für sich haben, z. B. einen Eximirten zu Gemeindeumlagen beiziehen will. Hier kann, so lange kein neues Gesetz oder gehörig ergangenes Statut über die in Frage stehenden Verhältnisse erlassen ist, auch der in seinen Befugnissen an die Civilgerichte sich wenden und nachweisen, daß nach dem bestehenden Statute oder dem rechtskräftigen Urtheile sein Recht verletzt sey.

8) Das Verhältniß ändert sich da, wo entweder a) dem Gemeindeschlusse oder der Anordnung der Gemeindebehörde entgegengesetzt werden kann, daß der Beschluß oder die Anordnung von einer unzuständigen Behörde ausgegangen oder auf nichtige Weise zu Stande gekommen ist. Hier wird der in seinem Rechte Verletzte nicht zu gehorchen brauchen, und wenn er in Gemäßheit der neuen Anordnung belangt wird, die Einrede der Nichtigkeit entgegensetzen, oder auch zum Schutze seiner Rechte an die Gerichte sich wenden, und wenn

ihm der Gemeindeschluß entgegengesetzt wird, die Nichtigkeit desselben nachweisen. Da das Nichtige keine rechtliche Wirksamkeit hat, so entscheidet nur das in Mitte liegende Statut oder Urtheil; darüber aber, so wie über seine Auslegung und über die Frage: ob nach den Gesetzen der Beschluß nichtig ist, kann das Gericht entscheiden.

a) Nicht weniger kann da eine Sache zur Civiljustizsache werden, wenn ungeachtet die Gemeinde die Sache als Gemeindesache behandelte, eigentlich nur eine res singulorum vorliegt [23]). Dies ist nicht selten der Fall, wenn z. B. die Gemeinde sich erlaubt, eine Comunschäferei anzulegen und durch einen Gemeindeschluß, der durch Stimmenmehrheit zu Stande kam, verfügt, daß die auf Rechnung der Gemeinde gehaltenen Schaafe auf allen Grundstücken der Gemeindeglieder weiden dürfen [24]). Hier ist res singulorum begründet, da die Gemeinde weder nach ihrem polizeilichen noch nach ihrem Gemarkungsrechte das Eigenthum der Einzelnen mit Servituten belasten darf. Das Nämliche tritt ein bei Dienstbarkeiten, die allen Gemeindegliedern aber als singulis zustehen, z. B. Weiderechte, oder bei Reallasten, welche von den Bürgern einer Gemeinde gefordert werden und wo oft mit dem Realberechtigten von Seite der Gemeinde eine Convention geschlossen wird, die aber dem Einzelnen, in so ferne sie zeigen können, daß sie als singuli betheiligt sind, nicht schaden kann.

9) Die bisher unter No. 7 aufgestellten Grundsätze entscheiden auch bei den Streitigkeiten der Gemeindeglieder über die Gemeindenutzungen, z. B. Allmenden, Holzgaben u. A. Es wird hier wichtig, die Natur dieses Gemeindevermögens

---

23) Meine Grundsätze des deutschen Privatrechts § 127 und dazu (außer der dort angegebenen Literatur) Zeitschrift für Recht in Kurhessen 2tes Heft S. 165 und Seuffert Blätter für Rechtsanwendung in Baiern. 1839 Note 1.

24) Weishaar, würtembergisches Privatrecht II. S. 67 und Annalen der badischen Gerichtshöfe. 1833. S. 142.

gehörig zu beurtheilen. Sobald man den einzelnen Mitgliedern der Gemeinde Miteigenthumsrechte oder Servituten an diesem Vermögen einräumt, kömmt man freilich dazu, die Rechte der Bürger als Privatrechte anzusehen, die ihnen ohne ihre Einwilligung nicht entzogen werden dürfen; allein diese Ansicht ist irrig [25]). Auch das Allmendvermögen, das zum Genusse der einzelnen Bürger bestimmt ist, bildet nur eine Art des Gemeindevermögens überhaupt, das zwar bei der ersten Ansiedlung als gemeinschaftlich in der Art behandelt wurde [26]), daß es nicht in das Privateigenthum der Familien übergehen, sondern von allen Gemeindegenossen benützt werden sollte. In Zeiten, in welchen die Gemeindebedürfnisse nicht so groß waren, blieb dies Vermögen zum Genusse der Bürger bestimmt; allein die Geschichte lehrt, daß immer die Gemeinde als solche über das Vermögen verfügte, diese Verfügung als Gemeindesache betrachtete, daher oft den Allmendgenuß ganz aufhob (selbst wenn Gemeindeschulden dies nöthig machten) und den Genuß der Einzelnen regulirte. In manchen Gemeinden hatten alle Bürger gleiche Befugnisse, in andern machte man Klassen, in welche man einrückte, in andern wurde die Art des Beitrags zu den Lasten zum Grunde gelegt. Sobald die Ansicht von der Gemeinde als moralischer Person siegte, stand auch der Satz fest, daß die Gemeinde als solche die Eigenthümerin dieses Vermögens sey; die einzelnen Gemeindeglieder haben nicht als singuli, sondern nur als Gemeindegenossen nach den Beschlüssen der Gemeinde Benutzungsrecht, ihre Rechte sind aber keine Privatrechte [27]), sondern nur Bewilligungen prekärer Natur, bei denen die Gemeinde, welche die Interessen der Gemeinde abzuwägen hat, bestimmt, ob und wie weit sie Rechte einräumen will,

25) Meine Grundſ. des deutschen Privatrechts §. 129 und gute Ausführung in der Monatschronik der Züricher'schen Rechtspflege, Band VII. S. 186.

26) Bluntschli S. 80.

27) Annalen der badischen Gerichtshöfe. 1833. Nr. 58.

da auch dies Vermögen zur Bestreitung der Gemeindebedürfnisse bestimmt ist, und daher die Gemeinde befugt ist, es so zu verwenden, wie das Gemeindeinteresse es fordert. Wenn daher die Gemeinde beschließt, Allmendgenüsse aufzuheben, oder wenn sie einen anderen Maaßstab der Benutzung anordnet, oder Beiträge denjenigen auflegt, welche den Genuß haben, so entsteht kein Civilrechtsstreit, weil kein Bürger sich auf ein ewig dauerndes oder auf ein Privatrecht berufen kann. Selbst bisherige Statute und Urtheile, die über die Regulirung der Genußrechte entscheiden, begründen keinen Civilstreit der Gemeinde gegenüber, welche Gemeindebeschlüsse erläßt, oder dem Staate gegenüber auf Entschädigung, wenn das Gesetz die bisherigen Genußrechte aufhebt. Nur dann, wenn ein Gesetz die Allmendrechte regulirt und einen gewissen Genuß anordnet und eine einzelne Gemeinde durch ihren Beschluß (in so ferne nicht das Gesetz Beschlüsse in diesen Fällen anordnet) gegen das Gesetz die Ansprüche entziehen wollte, oder bei dem Mangel eines solchen Gesetzes die Gemeinde *einzelnen* Bürgern größere Lasten als andern wegen des Allmendgenusses auflegen wollte, könnte das Civilgericht angerufen werden. Dies ist auch der Fall, wenn das sogenannte Allmendvermögen eigentlich kein Gemeindevermögen, sondern nur ein Stiftungsgut ist, welches nach Stiftungsurkunden gewissen Bürgern gehört und von ihnen benutzt werden darf [28]). Hier steht der Gemeinde kein Recht zu, durch ihre Beschlüsse die durch die Stiftung begründeten Rechte zu ändern. Schwieriger ist die Sache, wenn die sogenannten Allmendrechte nicht mit dem aktiven Bürgerrechte, sondern mit dem Besitze gewisser Güter verbunden sind. Es kommt in Urkunden, z. B. in Hofbriefen oft vor, daß ein Hof mit 3 Morgen Allmenden veräußert werde, z. B. im

28) Auf Dörfer und in Städten kommen solche vor, oft daraus erklärbar, daß gewisse Familien in früherer Zeit Güter kauften und daraus eine Art von Familienfideikomiß machten.

Odenwalde; es ergiebt sich aus der Geschichte, daß schon früh solche Höfe in Urkunden vorkamen, daß vielleicht schon bei den ersten Ansiedlungen manche Familien schon daran dachten, solche Güter sich zu sichern, oder später im Mittelalter sich bei Regulirung der Dorfsverhältnisse stipulirten; daher erkennt auch das würtembergische [29]) und badische Recht [30]) solche Güter an, die als privatrechtlich begründet vorkommen; allein es bedarf hier großer Vorsicht; nur da, wo erweislich sie unwiderruflich in bestimmter Zahl einem gewissen Gute angehören, können sie als Privatrechte gelten, denn es ist gewiß, daß sie auch oft Gemeinderechte sind, wo nach dem bisherigen Herkommen die Bürger, welche eine Besitzung von einer gewissen Zahl von Morgen hatten, daher Großbegüterte waren, als allmendberechtigt galten und dies in ihrem Hofbriefe aufführten, während eigentlich doch nur ein ähnliches Verhältniß Statt fand, wie in Gemeinden, wo die reicheren Bürger nach den Statuten größere Allmendtheile erhalten als die ärmeren, und wo die Gemeinde nie gehindert werden kann, die Allmendverhältnisse abzuändern.

10) Nach diesen Grundsätzen muß auch die Vertheilung [31]) der Allmenden beurtheilt werden. Nimmt man keine Privatrechte an, so kann kein Bürger bei Gericht die durch Gemeindeschluß angeordnete Vertheilung oder den Maaßstab derselben hindern, und die Berufung auf die bisherige Benutzung giebt keinen Anspruch auf die Anwendung dieses Maaßstabs bei der Vertheilung [32]); dies ist richtig [33]), so-

29) Würtembergisches Gesetz vom 9. Dec. 1833 §. 51. Mohl, würtembergisches Staatsrecht II. S. 133. Weishaar, würtembergisches Privatrecht I. S. 297.

30) Badische Gemeindeordnung §. 92.

31) Pfizer S. 141. Annalen der badischen Gerichtshöfe. 1833. Nr. 58, s. von Sachsen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen, I. Bd. 6tes Heft S. 570.

32) Meine Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 130.

33) In manchen Ländern hat die Rücksicht der Begünstigung dieser Theilungen die Gesetzgebung veranlaßt, alle dahin gehörigen

bald von einem allgemein als Allmendvermögen anerkannten Vermögen die Rede ist; dagegen können die Gerichte auch für Streitigkeiten wegen Theilung competent werden, wenn a) mehrere Gemeinden gewisse zu vertheilende Güter als Miteigenthum in Anspruch nehmen, oder b) wenn bestritten wird, ob ein gewisses Grundstück, das man als Allmendgut theilen will, Allmend sey [34]), oder c) wenn ein Dritter behauptet, daß ihm auf das zu vertheilende Gut privatrechtlich begründete Rechte zustehen, die erst abgelöst werden müssen, ehe vertheilt werden kann, z. B. Dienstbarkeit, Hypothek, oder d) wenn das Landesgesetz gewisse Bedingungen der Zulässigkeit der Vertheilung vorschreibt oder einen gewissen Maaßstab anordnet und die Gemeinde dies Gesetz verletzt.

11) Entsteht Streit, ob Jemand Bürger einer Gemeinde sey, z. B. wenn die Gemeinde ihn zu bürgerlichen Lasten als Bürger beiziehen will, und der in Anspruch Genommene läugnet, daß er Bürger sey [35]), oder wo es darauf ankommt, ob ein gewisses Gut zu einer bestimmten Gemarkung gehört, z. B. wenn der Besitzer behauptet, daß es eximirt sey oder in andrer Gemarkung liege [36]), so ist hier ein Civilprozeß vor den Gerichten begründet, weil die Gerichte Normen haben, diese Frage nach den allgemeinen Gesetzen oder nach den besonderen Verträgen zu beurtheilen.

12) Verlangt Jemand die Aufnahme in eine Gemeinde als Bürger, und beschwert er sich über die Zurückweisung, indem er darthut, daß er die gesetzlichen Erfordernisse der Aufnahme, z. B. in Bezug auf Vermögen, Leumund, so ist

---

Streitigkeiten den Gerichten zu entziehen, s. von Baiern v. Wendt Handb. des baier. Civilprozesses, III. Band S. 222.

34) Von Würtemberg, Sarvey Monatschrift für die Justizpflege in Würtemberg I. S. 498.

35) In Würtemberg wurde von dem Obertribunal die Sache zwar von den Gerichten zurückgewiesen. Sarvey Monatschrift für die Justizpflege I. S. 500.

36) Seuffert Handbuch des baier. Prozesses I. S. 150.

kein Civilrechtsstreit begründet [37]), weil nach der Natur des Gesetzes, das über die Aufnahme entscheidet, nicht von einem Privatanspruche die Rede ist, den das Gesetz jedem geben will, weil es hier auf öffentliche Berechtigungen anlömmt, und weil das Gesetz nur in allgemeinen Umrissen die Bedingungen bezeichnet, dem Ermessen der Gemeinde aber und der Verwaltungsbehörde im Wege des Rekurses es überläßt, zu bestimmen, ob der Kandidat nach den Interessen der Gemeinde aufgenommen werden soll. Nicht in Abrede darf man aber stellen, daß aus allen Ländern, wenigstens von früherer Zeit her, Urtheile anzuführen sind, in welchen die Civilgerichte auf solche Klagen wegen verweigerter Aufnahme entschieden [38]).

13) Betrifft der Streit das Verhältniß der Gemeindebeamten, so muß man unterscheiden: a) wird eine Klage wegen der Pflichtverletzung eines Gemeindebeamten, oder auch des ganzen Gemeinderaths erhoben, z. B. weil er die Wahlen gesetzwidrig angeordnet habe oder Rechnung nicht stelle, so steht den Gerichten kein Recht zu entscheiden zu, wenn einzelne Bürger deswegen Klage erheben; weil hier das Verhältniß der Oberaufsicht des Staats zur Sprache kömmt, und daher die obere Verwaltungsbehörde die Pflichtmäßigkeit prüfen kann, und weil keinem Bürger ein Privatrecht, auf die Erfüllung der Pflicht zu klagen zusteht, weil auch hier nur von Erfüllung öffentlich rechtlich begründeter Pflichten, die nicht im Interesse Einzelner erfüllt werden, die Rede ist. b) Wird ein einzelner Bürger durch einen Gemeindebeamten in seinen Rechten verletzt, z. B. widerrechtlich bestraft oder im Eigenthum beeinträchtigt, oder durch falsche Angaben, z. B. in Hypothekensachen getäuscht, so steht dem Gerichte

37) Seuffert l. c. S. 133. Das

38) Das Meiningische Competenzgesetz von 1829 (s. oben in diesem Archive XIII. S. 114) erklärt zwar die Aufnahme in eine Gemeinde als Sache der Landesregierung; allein wenn die Aufnahme als Recht vermöge der allgemeinen Gesetze oder der Statuten gefordert wird, so soll der Rechtsweg eintreten.

das Recht zu entscheiden in dem Maaße zu, in welchem gegen den Staatsbeamten auf Entschädigung geklagt werden kann (s. unten §. 7.) c) Klagt ein Gemeindebeamter, z. B. ein Gemeinderechner gegen die Gemeinde aus abgelegten Rechnungen [39]), aus welcher er einen ihm zum Besten kommenden Betrag in Anspruch nimmt, so ist die Klage bei den Civilgerichten begründet, weil dadurch, daß die Staatsbehörden die Prüfung der Gemeinderechnungen besorgen, die Gemeinde nicht aufhört, die Eigenthümerin des Vermögens zu seyn, worüber Rechnung abgelegt und worauf der Anspruch erhoben wurde. d) Klagt ein von der Gemeinde angestellter Diener, z. B. Rathschreiber, wegen willkürlicher Entlassung, wegen Entziehung seines Einkommens oder wegen Pension, so steht den Gerichten das Recht zu, über die Klage zu entscheiden [40]), weil der Angestellte auf ein mit der Gemeinde abgeschlossenes Vertragsverhältniß sich beruft, dessen Existenz, Wirkung und Auslegung von den Gerichten beurtheilt werden kann; nur darf dies Recht nicht so weit ausgedehnt werden, daß die Gerichte auch über die Zweckmäßigkeit der Verwaltungshandlung, z. B. weil eine gewisse Dienststelle aufgehoben wurde, entscheiden sollten; auch kann der Satz nie auf Gemeindebeamten angewendet werden, welche durch Wahl der Gemeinde berufen, Stellen versehen haben, und z. B. Entschädigungsklage anstellen, da im letzteren Falle nur die Erfüllung einer im öffentlichen Recht begründeten Pflicht und nicht ein Privatrechtsverhältniß zum Grunde liegt.

Auch bei diesen bisher dargestellten Streitigkeiten der Gemeinden wiederholen wir den schon oben aufgestellten Satz, daß es schwierig ist, mit allgemeinen, in jedem Staate an-

39) So erkannte das Oberappellationsgericht Kassel in Pfeiffer prakt. Erört. III. S. 600. In diesem Sinne entscheidet auch das angeführte Meiningische Gesetz von 1829 Art. 21.

40) Funke, die Verwaltung § 107. Pfeiffer prakt. Ausführung V S. 250, 276, 602. Wir werden auf diese Frage unten in §. VII. zurückkommen.

wendbaren Grundſätzen alle Fälle zu entſcheiden; denn eben in dem Gemeindeverhältniß hängt ſo vieles davon ab, wie in jedem Staate die Oberaufſicht der Staatsregierung ſich ausgebildet hat; je ausgedehnter ſie iſt, deſto mehr Streitigkeiten wird die Verwaltungsbehörde an ſich ziehen. Auch kann in einem Staate das Verhältniß der Gemeinden ſo ſich ausgebildet haben, daß man ſelbſt in Bezug auf Gemeindebürgerrechte den Einzelnen Rechte zuerkennt, die ihnen einſeitig nicht entzogen werden dürfen, ſo daß die Gerichte darüber zu entſcheiden kompetent ſind. Es ergiebt ſich daraus, wie nothwendig die Erlaſſung von Geſetzen iſt, durch welche die Competenz der Verwaltung und der Juſtiz genau regulirt wird, um dadurch koſtſpieligen Streitigkeiten darüber vorzubeugen, ob eine Sache Juſtiz- oder Verwaltungsſache ſey.

V.

Ueber die Rechtsfrage: Ob und in wie ferne die Güterrechte der Ehegatten durch eine Veränderung des Fori des Mannes verändert werden können?

Von Herrn **B. Funk**,
Mecklenburg. Rath und Advokat zu Neubrandenburg.

(Beſchluß des Aufſatzes No. XV. im vorigen Hefte.)

§. 24.

Titulus 1.

Im allgemeinen iſt doch unbezweifelbar die geſetzliche Folge der Ehe, daß die Frau die Rechte überhaupt und alſo auch in Anſehung ihres Vermögens bekommt, welche ihr die Geſetze des Fori mariti, tempore initi matrimonii zuſichern. In l. 1. D. de ritu nupt. heißt es: Nuptiae sunt — — divini et humani iuris communicatio. L. 4. C. de crim. expilatae haered. ſagt: die Frau ſey des Mannes socia rei humanae et divi-